قوت المحتاج

في

شرح المنهاج

للشيخ شهاب الدين أبي العباس أحمد بن حمدان الأذرعي

المتوفى سنة ٧٨٣ هـ

تحقيق

عيد محمد عبد الحميد

الجزء الثاني

البيع - السلم - الرهن - التفليس



أسسها محمد علي بيضون سنة 1971 بيروت - لبنان

Est. by Mohammad Ali Baydoun 1971 Beirut - Lebanon

Établie par Mohamad Ali Baydoun 1971 Beyrouth - Liban

الكتاب: قوت المحتاج في شرح المنهاج

Title : QŪT AL-MUḤTĀJ FĪ ŠARḤ AL-MINHAJ

التصنيف: فقه شافعي

Classification: Shafeit jurisprudence

المؤلف: الشيخ شهاب الدين أبو العباس أحمد بن حمدان الأذرعي (ت 783 هـ)

Author : Shihab Addin Abou Al-Abbas Ahmad Bin Hamdan Al-Athro'I (D. 783 H.)

المحقق: عيد محمد عبد الحميد

Editor : Eid Mohammed Abdelhameed

الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت

Publisher: Dar Al-Kotob Al-Ilmiyah - Beirut

Pages (12 volumes)	7280	عدد الصفحات (12 مجلداً)
Size	17x24 cm	قياس الصفحات
Year	2016 A.D - 1437H.	سنة الطباعة
Printed in : Lebanon		بلد الطباعة: لبنان
Edition : 1st		الطبعة: الأولى

http://www.al-ilmiyah.com info@al-ilmiyah.com sales@al-ilmiyah.com baydoun@al-ilmiyah.com

Dar Al-Kotob Al-ilmiyah

Est. by Mohamad Ali Baydoun
1971 Beirut - Lebanon

Aramoun, al-Quebbah,
Dar Al-Kotob Al-Ilmiyah Bldg.
Tel : +961 5 804 810/11/12
Fax: +961 5 804813
P.o.Box: 11-9424 Beirut-Lebanon,
Riyad al-Soloh Beirut 1107 2290

عرمون، القبة، مبنى دار الكتب العلمية
هاتف: ٨١٠/١١/١٢ ٨٠٤ ٥ ٩٦١+
فاكس: ٨٠٤٨١٣ ٥ ٩٦١+
ص.ب: ١١-٩٤٢٤ بيروت-لبنان
رياض الصلح-بيروت ١١٠٧٢٢٩٠



ISBN-13: 978-2-7451-8025-4
ISBN-10: 2-7451-8025-8

بِسْمِ ٱللَّهِ ٱلرَّحْمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ

كِتَابُ البَيعِ

قال المصنف: [شَرْطُهُ الْإِيجَابُ: كَبِعْتُك وَمَلَّكْتُك، ....

قال الشارح:

كِتَابُ البَيْعُ

البيعُ لغةً: هو مقابلة شيء بشيء، ويسمى: شِراء، ومنه قوله تعالى: ﴿وَشَرَوْهُ بِثَمَنٍ بَخْسٍ دَرَٰهِمَ مَعْدُودَةٍ﴾ [يوسف: ٢٠] وقول بعض العرب حين باع خادمًا له وندم:

وشَرَيتُ بُرْدًا لَيْتَنِي ... مِنْ بَعْدِ بُرْدٍ كُنْتُ هَامَهْ[١]

أي: بعته.

وفي الشرع: مقابلة مال بمال، ولا يرد القرض والإجارة، وأفرد المصنف لفظ البيع تيمنًا بلفظ القرآن والسنة؛ ولأنه أراد نوعًا منه، وهو بيع الأعيان، وما في حكمه، والأصل فيه الكتاب والسنة والإجماع، والمعنى: وإقامة الدليل على جوازه تكلفًا إلا في مسائل الخلاف، وأحسنه إجماع الشرائع السالفة.

قال: (**شَرْطُهُ الْإِيجَابُ: كَبِعْتُك**) اشتريت في أنها صريح، وأما شريت، قال الْمُتَوَلِّي والرافعي: صريح، والمختار أنها كناية وأغفلتها «الروضة».

(**وَمَلَّكْتُك**) أي: صريح أيضًا، إذا ذكر العِوض معها، خلافًا للماوردي؛ لأنه لا يرى انعقاده بالكناية، ويحتمل الإيجاب في لفظة واحدة، وأشار ابن الرِّفْعَة إلى أن ملكتك كناية على المذهب، وأما قوله: «خذه بكذا» لا يحتمل البيع والإجارة وغيرهما.

---

(١) البيت ليزيد بن مفرع الحميري كما في «الأمالي» للزجاجي ص (٤٩) وهو من مجزوء الكامل.

وَالْقَبُولُ: كَاشْتَرَيْت وَتَمَلَّكْت وَقَبِلْت.

وقال ابن الرِّفْعَة: إذا جعلنا المأخذ في صراحة ملكتك ذكر العِوض كان صريحًا، وجوابه ما تقدم، ولم أرَ من وافقه، ولو قال: ملكتك، ونوى العِوض.

قال في «الذخائر»: هو كناية، وفيه نظر لعدم الإشعار بالعوض، وشرط الكناية الإشعار.

وفي «فتاوى القاضي الحسين» أنه لو قال: عاوضتك هذه الدار بكذا، فقال: اشتريت؛ فهو كما لو قال: بعتك.

قال: (**وَالْقَبُولُ: كَاشْتَرَيْت وَتَمَلَّكْت وَقَبِلْت**) الأصل في الاعتبار الإيجاب والقبول لقوله تعالى: ﴿إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾ [النساء: ٢٩].

وقال ﷺ: «**إنما البيع عن تراضٍ**»[(١)].

قال الأئمة: والرضا أمر خفي، فأنيط الحكم بسبب ظاهر، وهو الصيغة، وسيأتي بيان ما ينوب عنها.

قال الإمام: القبول على الحقيقة ما لا يتأتى الابتداء به، وقوله: «اشتريت» وما في معناه قائم مقام القبول.

قلت: ومن ألفاظ القبول، قوله: رضيت، قاله في «البحر» والقاضي حسين في كتاب «الرهن» ومنها قوله: فعلت، قاله العبادي في «زياداته».

وقال أبو بكر الشَّاشِي: شرط القبول كونه بلفظ الماضي، أي: لا يصح بقوله: أَقْبَل أو أشتري أو أبتاع، ويحتمل جعله كنايةً.

فروع في القبول: لو قال: بعتك، فقال: نعم، أو قال: بعتك أقبلتَ، فقال: نعم؛ صحَّ.

قال الرَّافِعِي: في كتاب «الإقرار» عن الأئمة: وبه جزم العبادي أنه لا يكون قبولًا؛ لأنه يترتب على استخبار فتقع خبرًا لا إنشاءً، وما قاله الإمام

---

(١) أخرجه ابن ماجه (٢/ ٧٣٧، رقم ٢١٨٥).

وَيَجُوزُ تَقَدُّمُ لَفْظِ الْمُشْتَرِي، وَلَوْ قَالَ: بِعْنِي فَقَالَ: بِعْتُك انْعَقَدَ فِي الْأَظْهَرِ.

محتمل، وفيه بحث ذكرته في «الغُنية»، ويظهر أن «نعم» كناية قبول، ولو قال سمسار ونحوه: بعت كذا، فقال: بعت أو نعم، وقال للمشتري: اشترِ، فقال: اشتريت، أو نعم صح على الأصح عندهما، وعزا الإمام المنع إلى الأصحاب، وبه جزم كثيرون.

وقال القاضي حسين: في كتاب «الوكالة»: إنه ظاهر المذهب، وفي وجه ثالث: إن أمره بذلك صح وإلا فلا، ولو قال: اشتريت، ثم زعم أنه لم يقصد جواب البائع، قال الإمام: في الخلع في تصديقه احتمال، ويؤخذ من هذا أنه شرط لصحة العقد في نفس الأمر.

قال: **(وَيَجُوزُ تَقَدُّمُ لَفْظِ الْمُشْتَرِي)** أي: لحصول المقصود، وهذا في غير قبلت، أما لو قال ابتداء: قبلت هذا منك بألف، فالمنقول بطلانه، قاله الْقَفَّالُ في «الفتاوى»، ونقله الإمام في باب الهبة، وهو قضية كلام الرَّافِعِي في البابين، وَوُجِّه بأن القول إنما يكون بعد الإيجاب، نعم ذكر الرَّافِعِي في كتاب النكاح: أنه لو قال الوكيل: قبلت نكاح ابنتك لموكلي؛ فقال: زَوَّجْتُه، صح، وهو ينازع في مسألتنا، وقد تكلمت عليه في «الغنية» هناك، ولذلك «نعم» لا يصح الابتداء بها إن صححنا القبول بها.

قال الْقَفَّالُ: ولو قال اشتريته منك بألف، فقال البائع: قبلت، لم يجز.

قال: **(وَلَوْ قَالَ: بِعْنِي، فَقَالَ: بِعْتُك انْعَقَدَ فِي الْأَظْهَرِ)** للدلالة على الرضا، وقيل: ينعقد قطعًا كما هو الأصح في نظيرها من النكاح، ويؤيده قوله ﷺ لسلمة ابن الأكوع في جارية: «**هب لي المرأة، قال: هي لك**»[1] رواه مسلم.

وإذا صحت الهبة بالاستحباب والإيجاب والكناية فالبيع أولى، والثاني: المنع؛ لأنه قد يكون لاستبقائه الرغبة، كما تبيعني هذا بكذا، وقال الإمام: إنه المنصوص، وصححه الغزالي، نعم لو قال: بعد قوله: بعتك، ابتعت أو اشتريت ونحوهما، صحَّ بلا خلاف، ولو قال: اشترِ مني فالأصح عندهما أنه كـ«بعني»،

---

(١) أخرجه مسلم (٤٦٧٢).

....

وقيل: لا ينعقد قطعًا، ونقل صاحب «التعجيز في شرحه للوجيز»[١] الإجماع عليه، وكأنه أخذه من كلام الحاوي، فإنه يقتضي أنه لا يصح بوفاق الخصم بخلاف «بعني» وفي الفرق نظر! قالا: ولو قال: كذا، فقال: «بعت» لم ينعقد حتى يقول بعده «اشتريت» وجعلاها كقوله: أتبيعني؟ وكذا قوله: اشترِ داري أو اشتريت مني، فقال في «شرح المهذب»: بلا خلافٍ إشارةً، نقل في نكاح «الوسيط» هذا الخلاف قولين منصوصين، وذكر في «الروضة» و«شرح المهذب» و«الرَّافِعِي» في الشرح: إن الأصح أنه وجهان لا قولان، في نكاح البسيط لا يبعد أن يكون قوله: «رضيت أن تبتع» مني كقوله: «بع مني» ويحتمل خلافه.

فروع: لو قال: اشتريت منك بكذا فقال: بعتك، انعقد إجماعًا، ولو قال: قد اشتريت، فقال: قد اشتريته، أو قال: قد بعتني، فقال: قد بعتك، لم يصح، ولو قال: بعني على ألف، صحَّ في أحد الوجهين، وبه جزم الإمام، أو ولك ألف، فوجهان، ذكرهما الرَّافِعِي في الخُلع، وعن الإمام تصحيح المنع.

وقال الرَّافِعِي: ونسبه أن يكونا في أنه صريح، فأما كونه كناية، فينبغي أن يكون منعقدًا عليه، واقتضى كلامه قبل ذلك أيهما في كونه كناية، ولو قال: أعطني هذا بألف، فقال: قد أعطيت صحَّ، قاله الْقَفَّالُ والبغوي في «الفتاوى» والظاهر أنه كناية.

قال الشيخ أبو محمد: في المسألة في تفريق الصفقة ألفاظ البيع غير محصورة، فسواء قال: بعتك بكذا، أو خذه بكذا، أو أعطيتك هذا بكذا، أو قال: أعطيته بكذا، أو قال: هاتِهِ بكذا، أو ما شاكله، فكله قائم مقام صريح لفظ البيع.

قال الْقَفَّالُ: ولو قال: بعني عبدك، ولك عليَّ كذا صح، بخلاف قوله: بعتك هذا، ولي عليك كذا، فقيل: لم يصح، وقضيته كلام الرَّافِعِي في الخلع أنه لو قال: بعتك ولي عليك كذا، أو على أن يكون لي عليك كذا، أنه ينعقد على

(١) هو لابن يونس الموصلي. طبع في مصر وبيروت.

وَيَنْعَقِدُ بِالْكِنَايَةِ كَجَعَلْتُهُ لَك بِكَذَا فِي الْأَصَحِّ.

الأصح فيهما، وقضيته أن يصح في بعني على ألف كما جزم به الإمام، ومثله: بعتك على ألف، ولو قال: بعتني فلك كذا فوجهان، وقضية إلحاق البيع بالخلع أن يكون الأصح الصحة لكن جزم الإمام بالمنع، ولو قال: بعتك على أن لي عليك عشرة أو على أن تعطيني، كذا صح، ذكره الرَّافِعِي في كتاب الصداق.

قال الإمام: لو قال: اشتريته منك على أن أعطيك ألفًا فكقوله: اشتريته منك بألف، لو قال: رضيت على أن تبتع مني كذا بكذا.

قال الإمام: لا يبعد تخرجه على القولين في مسألة الكتاب.

قال: (**وَيَنْعَقِدُ بِالْكِنَايَةِ**) أي: مع النية.

(**كَجَعَلْتُهُ لَك بِكَذَا**) أي: وجده وسلمه ونحوها مما يشعر بإرادة البيع.

(**فِي الْأَصَحِّ**) كالخلع، والكناية لما سبق، وبحديث جابر رضي الله عنه وفيه قال: «**هو لك بها، قال: قد أخذته**»[(١)].

والثاني: المنع للتردد في إرادة الموجب، والظاهر أن قوله: «هو لك بكذا» كناية لا كما ظنه من شرح الكتاب، ومن الكنايات: «أدخلته في ملكك بكذا» أو «سلطتك عليه بكذا» كناية، وقيل: لا كأبحته أو أوجبته، فليسا بكناية إشارة يستثنى من انعقاده بالكناية بيع الوكيل المشروط فيه الإشهاد، فإن الشاهد لا يعلم النية.

قال في «البسيط»: إلا إذا توفرت القرائن، وأفادت التفاهم فيصح وتجوز الشهادة، وأصله قول إمامه: إن محل الخلاف في انعقاده بالكناية مع النية حيث عدمت القرائن، فإن توفرت أفادت التفاهم وجب القطع بالصحة، وهذا والله أعلم من فقهه وإطلاق الأئمة ينازع فيه، وسيأتي في الطلاق أن الكناية كذلك لا يجعل صريحًا، ولعل القرائن هناك أوضح.

فروع: ينعقد البيع بالمكاتبة على المذهب الصحيح المنصوص، كما نقله

---

(١) أخرجه البخاري (٢٧١٨) ومسلم (٧١٥).

....

الماوردي وغيره في كتاب الطلاق، والخلاف في الحاضر مرتب على الغائب وأولى بالمنع، وإذا صححنا جاز القبول بالكناية وباللفظ.

وظاهر كلام الديبلي أن موضع الوجهين فيما إذا نويا البيع ولم يجد منهما لفظ، وإليه يشير كلام الإمام بعده لو قال: بعت أي: كذا بكذا، أو بلغ من هو في مقام المشتري فقال: قبلت.

قال الإمام: في الطلاق؛ فهو كالكناية وأولى بالصحة لوجود اللفظ، ونقله الرَّافِعِي هنا عن بعض مسودات «طبرستان» تفريعًا على صحة البيع بالكتب، ولو جرى ذلك في الحضور ولم يعقد إلا التخاطب صح في الأصح كما سبق في السمسار، ولو قال: بعني بكذا، فقال: باعك الله، فكناية، قاله: القاضي حسين والعبادي والغزالي ومثله، أو قال مجيبًا: بعني كذا بكذا، بارك الله لك فيه، وعن القاضي أنه قال: لمن له عليه دراهم: خذ هذا الثوب بدراهمك، فقال: رضيت، كان بيعًا.

وقال الْقَفَّالُ في «الفتاوى»: لو قال: أعطني هذا الثوب بكذا، فقال: أعطيت كان بيعًا، ونسبة أن يكون ما ذكراه كناية لا صريحًا، ولعله المراد.

تنبيهات تتعلق بألفاظ الكتاب، وغيرها من أول الباب إلى هنا:

منها قوله: (شرطه الإيجاب) كأنه أراد به ما لا بدَّ منه، وقد جزم في «شرح المهذب» تبعًا للغزالي بأن الصيغة والعاقد والمعقود عليه أركان، ونازع الرَّافِعِي في ذلك، والخطب هين، وكان الأحسن أن يبدأ بالكلام في العاقد والمعقود عليه قبل الصيغة.

ومنها: ما شرط من الإيجاب والقبول السابقين في غير البيع الضمني كأعتق عبدك عني بكذا أو كذا مكاتبة الناطق كما سبق، وإشارة الأخرس وكنايته كما سبق.

ومنها: تضمن إطلاقه أنه لا يبيع ما له لولده الصغير، ونحوه إذا كان في حجره من نفسه ولا بالعكس إلا بإيجاب وقبول لفظًا، وهو الأصح، وقيل:

....

يكفي أحدهما، وقيل: تكفي النية، وما ذكرته من الترجيح ذكره في «شرح المهذب» ولم يرجح في «الروضة» شيئًا. وقال الرُّويَانِيّ في «البحر»: إذا رهن ماله عند ابنه الصغير يقتصر على أحد شطريه، فتقول: أرهنت له من نفسي كذا، وكذلك إذا باع ماله منه في ظاهر المذهب، وغلط من قال غيره، انتهى.

وظاهر كلامه أنه يكفي أي الشطرين أتى به، وقال الإمام: إن اكتفينا بلفظ واحد فشرطه أن يكون مستقلًا كاشتريت لطفلي أو رهنت له، فأما إذا قال: قبلت البيع أو الهبة فلا يمكن الاقتصار عليه بحال، ذكره الرَّافِعِي عنه في الهبة، ومنها قضية كلامه أنه لا ينعقد بالمعاطاة، بل لا بد من اللفظ من الجانبين وهو المشهور، واختار جماعة جوازه بالمعاطاة فيما تُعد المعاطاة فيه بيعًا، ومنهم المصنف، ولا يختصُّ الجواز بالمحقرات على الصحيح، بل كل ما جرت العادة فيه بالمعاطاة وعُدَّ بيعًا جاز بخلاف الحيوان والعقار.

قال الشيخ: والمعاطاة المختلف فيها أن يعطيه شيئًا ويأخذ منه شيئًا في مقابلته بلا لفظ أو يوجد اللفظ من أحدهما فقط، وإذا ظهرت القرينة وظهر الرضا منهما كفى، صَرَّح به الْمُتَوَلِّي وآخرون.

قلت: في «الذَّخائر»: إن صورة المعاطاة أن يتفقا على الثمن والمثمن، ثم يعطي المشتري من غير إيجاب وقبول، والعرف على ما ذكره المصنف، والظاهر أن الجميع معاطاة.

ومنها: قال المصنف: وأما إذا أخذ منه شيئًا ولم يتلفظا ببيع بل نويا أخذه بثمنه المعتاد، كما يفعله كثيرٌ من الناس، فهذا باطل بلا خلاف؛ لأنه ليس ببيع لفظي لا معاطاة، ولا يعد بيعًا فهو باطل فليعلم، وليحترز منه ولا يغتر بكثرة من يفعله ممن يأخذ الحوائج من البياع، من إذا ثَمَّ بعد مدة يحاسبه ويعطيه العوض، انتهى.

وهذا ما أفتى به الْبَغَوِي، ولم أرَ من صَرَّح به غيره، وذكر ابن الصلاح في فتاويه نحوه، والظاهر أنه قاله: تفقهًا، ومن كلامه أخذ المصنف.

وَيُشْتَرَطُ أَنْ لَا يَطُولَ الْفَصْلُ بَيْنَ لَفْظَيْهِمَا.

لكن الغزالي في «الإحياء» قال في عقد الشركة: وله معاملة القصاب والخبَّاز، ثم المحاسبة بعد مدة، ثم التوفير بحسب التراضي؛ فذلك ما يرى القصاب إباحته للحاجة، ويحتمل التسليم على إباحة التناول مع انتظار العوض، فيحل أكله، ويلزمه قيمته يوم الإتلاف، انتهى.

وأخذ الحاجات من البياعين يقع على ضربين:

أحدهما: أن يقول: أعطني بكذا لحمًا أو خبزًا أو عسلًا أو سمنًا مثلًا، وهذا النوع هو الغالب فيدفع إليه مطلوبه فيقضيه ويرضى به ثم بعد مدة يحاسبه ويؤدي ما اجتمع عليه، فهذا محتمل وهو ما رأى الغزالي إباحته، ومنعها المصنف.

وقوله: (إنه لا يعد معاطاة ولا بيعًا) فيه نظر! بل يعده الناس بيعًا، فيقول الآخذ: اشتريت خبزًا ولحمًا، ويقول من رآه: اشترى فلان كذا، ويقول البياع: بعت زيدًا كذا وكذا إذ الغالب أن يكون قدر ثمن الحاجة معلوم لهما عند الأخذ والعطاء، وإن لم يتعرضا له لفظًا، ولا خفاء أن ما ذكره الشيخ هو القياس، ولكن الجواز فيه رفق والعرف جارٍ به، وهو عمدة الغزالي في إباحته.

ومنها: قال صاحب «التعجيز في شرحه للوجيز»: خلاف المعاطاة جاز في الرهن والإجارة والهبة والهدية والجواز في الهبة والهدية أظهر، قال: وأجراه الْمُتَوَلِّي في الأخذ بالشفعة، انتهى.

فالمذهب في الهدية الصحة.

ومنها: أشار المصنف إلى أن الإيجاب والقبول غير منحصر فيما مثل به.

قال ابن الرِّفْعَة: وضابط الإيجاب كل لفظ يدل على التمليك دلالة ظاهرة، والقبول كل لفظ يدل على التمليك دلالة ظاهرة، انتهى.

وكون هذا ضابط الصرائح فيه نظر.

قال: (**وَيُشْتَرَطُ أَنْ لَا يَطُولَ الْفَصْلُ بَيْنَ لَفْظَيْهِمَا**) والطويل ما أشعر بإعراضه عن القبول؛ لأن ذلك يخرجه عن أن يكون جوابًا للأول، وقيل: يلغي وقوع القبول في مجلس الإيجاب. وبه جزم الشيخ أبو علي في كتاب الزكاة من

....

«شرح التلخيص»، وزاد في «الروضة» على لفظ الكتاب ولا يتخللهما كلام أجنبي، زاد في «شرح المهذب»: ولو كلمة، ولكنه في طلاق الروضة ذكر أنه لا يضر بخلل الكلام اليسير على الظاهر، وينقطع الاستثناء على الصحيح؛ لأنه يحتمل بين كلام الشخصين ما لا يحتمل بين كلام الشخص الواحد، وقضية الفرق ألا يغتفر ذلك إذا تولى الأب أو الجد طرفي العقد، وفي «البيان» أنه لو فصل بينهما بزمن طويل أو نام أو حُجر عليه أو قام من المجلس ثم قبل لم يصح، وإن فصل بينهما بزمن قليل فوجهان المشهور أنه لا يصح، انتهى.

والمشهور خلافه عن الاستقصاء أن جواب البائع لقبول المشتري بعني لا يصح إلا إذا صلح أن يكون جوابًا للكلام في العادة، وقال: وفي جواب المشتري لقول البائع بعتك، وجهان: أحدهما هذا، والثاني ما لم يتطاول الفصل، انتهى.

ثم الفصل الطويل ما ذكرناه، وقال الدارمي: يرجع فيه إلى العرف، والظاهر أنه بمعنى الأول.

تنبيهات وفروع: منها: قول «الروضة»: يشترط ألا يطول الفصل بين الإيجاب والقبول أجود من قول «المنهاج» بين لفظيهما؛ لدخول الخط، والإشارة من الأخرس، ولينظر في المعاطاة والبيع الضمير لهما لذلك.

ومنها: ما سبق في الحاضر، أما لو كانا غائبين، فقال: بعت داري من فلان بكذا، فلما بلغه الخبر قيل: صح كما سبق، ولو كاتبه بالبيع.

قال الإمام في كتاب «الطلاق»: ذكروا وجهين:

الأول: تمام الإيجاب بورود الكتاب، والثاني: أنه لا يشترط القبول في ذلك، ويحتمل بأجر أحد الشقين عن الآخر، قال: والوجه القطع باشتراط إيصال القبول بالاطلاع على الكتاب، وكلام الرَّافِعِي هنا مخالف لكلام الإمام في حكاية الوجه الثاني فراجعه.

ومنها: قال الرُّويَانِيّ، والماوردي: يشترط ألا يتغير الإيجاب قبل

....

القبول، فلو أوجب بثمن مؤجل أو على أن للمشتري الخيار، ثم أسقط الأجل أو الخيار قبل القبول وجعل الثمن حالاً فقبل المشتري، لم يصح؛ لأن الإيجاب إذا غُيِّر سقط مقتضاه.

ومنها: يشترط بقاء الموجب، والقابل أهلًا لذلك إلى تمام القبول، فلو جُنَّ أحدهما أو أُغمي عليه أو حُجر عليه بسفه قبل وجود السبق الآخر بطل.

وعن الدارمي: أنه لو أوجب له ثم مات ووارثه حاضر في المجلس فقبل صح. قال الماوردي: وهو خلاف الإجماع.

ومنها: لا بدَّ من لفظ يسمعه من بقربه، فلو قال: بعتك هذا بكذا، فقبل ولم يسمعه البائع، فإن كان بحيث يسمعه من بقربه صح، وإلا فلا كما لو حلف لا يكلم فلانًا قاله الْبَغَوِي في «الفتاوى».

ومنها: يشترط التخيير لكن لو قال: بعتك إن شئت، فقال: اشتريت ونحوه والأصح الصحة، ولو قال: شئت لم ينعقد، جزم به الْمُتَوَلِّي في غيره.

وقال ابن الرِّفْعَة في «كفايته»: إنَّ في «التتمة» في الكلام في نية الوضوء أنه ينعقد، وهو سهو، والذي قاله هناك: إنه لو قال بعتك إن شئت، كان إيجابًا صحيحًا، ولم يرد عليه نعم لا يبعد جعله كناية عن القبول.

واعلم أني رأيت بعد هذا في «أدب القضاء» لشريح الرُّويَانِيّ أن المزني حكى في «الجامع الكبير» عن الشَّافِعِي أنه إذا قال: هذا لك بألف إن شئت، فشاء كان هذا بيعًا، قال جدي: وهذا يدل على صحة قول بعض أصحابنا: إذا قال بعتك هذا بكذا إن شئت فقيل: إنه يكون بيعًا، انتهى[1].

وظاهر النص أنه ينعقد أيضًا بقوله: شئت؛ لأنه قال فشاء كان بيعًا، وهذا النص بحروفه رأيته في «الإقرار» و«المواهب» من «الأم»، قال: لأن هذا بيع، ولو قال لعبده: أنت حر بألف درهم إن شئت، فقال: قد شئت فهو حر، وعليه ألف درهم، انتهى.

---

(١) انظر: كتاب «الأم» للشافعي (٦/ ٢٢٣).

وَأَنْ يَقْبَلَ عَلَى وَفْقِ الْإِيجَابِ، فَلَوْ قَالَ: بِعْتُك بِأَلْفٍ مُكَسَّرَةٍ فَقَالَ، قَبِلْت بِأَلْفٍ صَحِيحَةٍ لَمْ يَصِحَّ.

ولو قال: قبلت إن شئت، لم يصح، ولو قال مبتدئًا: اشتريته منك بألف، فقال: بعتك إن شئت، لم يصح قطعًا؛ لأن التعليق يقتضي وجود شيء بعده.

قال الإمام في «الإقرار»: فلو قال: الطالب مرة أخرى: اشتريت أو قبلت؛ فالذي يقتضيه القياس عندي أن البيع لا يصح، فإنه يبعد حمل المشبه على استدعاء القبول، وقد سبق، فيتعين حمله على المشيئة نفسها فيكون تعليقًا محضًا، هذا هو صواب نقل كلام الإمام، ووقع في «كفاية» ابن الرِّفْعَة محرَّفًا.

في قول الموكل: إن كنت قد أمرتك بالشراء بعشرين فقد بعتكه بها، ومما حكوه عن النص فلم أرى فيه خلافًا أنه لو ادعى أنه اشترى مني هذه الأَمَة بألف فأنكر وحلف.

وقال القاضي: قلْ إنْ كنت اشتريتها بألف فقد بعتكها به ففعل أنه يصح، ولو قال: إن كان فقد بعتكه بكذا صح، ذكره الْعِمْرَانِي في كتاب «الوكالة» من زوائده.

ومنها: قال العبادي في «الزيادات»: إذا باع بعشرة على أن يحط منها درهمًا جاز؛ لأنه عبارة عن تسعة بخلاف ما لو شرط أن يهبه درهمًا لأنه عقد، وهذا إذا قلنا: الإبراء إسقاط، **قلت**: وعلى هذا التقدير مشكل، والله أعلم، ولو قبل وكيل الطالب، قال ابن الرِّفْعَة تفقهًا: إن قلنا: إن المِلك يقع للموكل ابتداءً صح، وفيه نظر!.

قال: **(وَأَنْ يَقْبَلَ عَلَى وَفْقِ الْإِيجَابِ)** أي: في القدر والنقد وصفته والحلول في الأجل.

(فَلَوْ قَالَ: بِعْتُك بِأَلْفٍ مُكَسَّرَةٍ فَقَالَ، قَبِلْت بِأَلْفٍ صَحِيحَةٍ لَمْ يَصِحَّ) أي: للمخالفة، وكذا عكسه بطريق الأولى، ولو قال: بعتكه بألف فقبل نصفه بخمسمائة لم يصح قطعًا، وغلط من نقل عن رواية الإمام فيه وجهان: ولو قال: بعني هذا العبد بألف، فقال: بعتك مع هذين بألف.

وَإِشَارَةُ الْأَخْرَسِ بِالْعَقْدِ كَالنُّطْقِ.

قال الرَّافِعِي في «الخُلَع»: والظاهر البطلان، وحكى الحناطي وغيره وجهين آخرين، أحدهما: صحة البيع في الجميع، والثاني: صحته في السؤال بيعه خاصة، ولو قال: بعتكه بألف فقال: قبلت نصفه بخمسمائة، قال الْمُتَوَلِّي: يصح، قال الرَّافِعِي: وفيه نظر؛ لأنه أوجب له بيعه فقبل حينه.

قال الشيخ في شرح «المهذب»: هو كما قال الرَّافِعِي، ولكن الظاهر الصحة.

قلت: إن كان الْمُتَوَلِّي يعدد الصفقة بما فصله في القول، فالوجه البطلان، وإلا فالصحة.

فرع: نقلًا عن «فتاوى» الْقَفَّال، ورأيته فيها: إنه لو قال: بعتك بألف درهم، فقال: اشتريت بألف وخمسمائة، صح البيع واستغرباه، وقال: في شرح «المهذب»: الظاهر الفساد.

قلت: وبه جزم الْقَفَّالُ في موضع آخر من «الفتاوى» وجعله أصلًا لفرع، وبه جزم الماوردي وأبو سعيد الهروي هنا، والإمام، والقاضي حسين في كتاب «الخلع» وذكره الرَّافِعِي في الخلع ثم ذكره في «الوكالة» وهو المذهب، وإذا صححنا فبالألف فقط، وبلغوا قوله: (وخمسمائة) كما أشار إليه الإمام وغيره، والظاهر أنه نحا فيه وجه مما ذكرناه عن حكاية الحناطي أنه يصح بالجميع.

فرع: قال: بعني عبدك بألف، فقال: بعتك بخمسمائة لم يصح على الأصح.

ولو قال: بعتك هذه الدَّار بألف على أن لي نصفها صحَّ كما لو قال: إلا نصفها، وعن محمد بن الحسن: لا يصح، قال الهروي: وهو محتمل.

قال: (**وَإِشَارَةُ الْأَخْرَسِ بِالْعَقْدِ كَالنُّطْقِ**) للضرورة، وكذا كتابته على الصحيح، وقيل: إن قدر على الكتابة لم تعتبر إشارته؛ لأنه أضبط وأصلح.

تنبيه: ولا حاجة إلى قوله: «بالعقد» لأن الفسخ كذلك، والدعاوى والأمارات وغيرها، بل قالوا: إشارته المفهومة لعبارة الناطق إلا في شهادته،

وَشَرْطُ الْعَاقِدِ الرُّشْدُ.

فلا تصح ولا تبطل صلاته بإشارته على الأصح فيهما قاله المصنف، ولأجلهما زاد بالعقد على «المحرر»، وكان ينبغي أن يزيد ثالثة، وهي ما لو حلف على ترك الكلام كما صحح هناك، وقد ذكرت في إشارته بالنكاح في «الغُنْيَة» كلامًا؛ فراجعه.

ولا خفاء أن إشارته التي لا تفهم أصلًا كالعدم، وأما المفهومة لكل أحد فصريح، ولم يذكروا هنا أنه اختص بفهمها فظنون، هل تكون كناية أو صريحًا عند حضور من يفهمها أو لغوًا، وسنذكره إن شاء الله تعالى في الطلاق.

قال: **(وَشَرْطُ الْعَاقِدِ الرُّشْدُ)** فخرج الصبي، والمجنون، والمغمى عليه، ومن زال عقله، بسبب غير مُحرَّم، أما بالمحرم فيصح تصرفه على المذهب، وسيأتي إن شاء الله تعالى في صحة شرى الصبي المحقرات بإذن الولي كلام في باب الحجر.

تنبيهات: قال في «الدقائق»: قول «المنهاج»: شرط العاقد الرشد وعدم الإكراه بغير حق أصوب، يعتبر من قول «المحرر» في المتعاقدين التكليف؛ لأنه يرد عليه ثلاثة أشياء السكران، فإنه يصح بيعه على المذهب مع أنه غير مكلف، كما تقرر في كتب الأصول، والمحجور عليه بسفه والمكره بغير حق، فإنهما مكلفان ولا يصح بيعهما.

قلت: قوله: «السكران غير مكلف» تابع فيه بعض الأصوليين، والذي نقله الأصحاب في كتب المذهب، ومنهم شيخاه أبو حامد والقفال، ونصَّ عليه الشَّافِعِي في «الأم» أنه مكلف، وهو الحق كما أوضحته في أول الطلاق من «الغنية» فلا يرد على المحرر السكران، ولا الصورتان الأخريان أيضًا؛ لأن مدلول لفظه أن كل بيع لا بدَّ فيه من التكليف، أما العكس وهو أن كل مكلف يعتبر بيعه فلا، ويرد على طرد المنهاج، وعكسه صور:

منها: الأعمى، فلا يصح بيعه ولا معظم عقوده، وقد أنكر الشيخ على «المهذب» عدم الاحتراز عنه.

قُلْت: وَعَدَمُ الْإِكْرَاهِ بِغَيْرِ حَقٍّ.

ومنها: لو سفه بعد رشده ولم يعد الحجر عليه صحت عقوده على الأصح إلى أن يحجر عليه.

ومنها: لو عقد الذمة لنفسه، والتزم الجزية لزم، وليس لوليه منعه، كما جزما وغيرهما به في السير، والظاهر أن مفاداته يفسد بالمال لذلك، وقالوا: إنه لو صالح عن قود عليه شيء من ماله صح.

ومنها: لو حَقَّتْ حاجته إلى المطاعم، ونحوها دون الضرورة، وامتنع الوالي، وعسرت مراجعة الحاكم.

قال الإمام: ففي صحة شرائه تردد للعراقيين، قال: فإن انتهى الأمر إلى الضرورة، فالوجه القطع بتجويز تصرفاته على حسب الضرورة، وسيأتي في نكاحه نحو هذا.

ومنها: لو أجر نفسه بما لَهُ التبرع به من منافع يديه صحَّ، قاله الماوردي.

ومنها: لو أذن له الولي في شراء معين، وقدر المثمن صح عند الماوردي قطعًا، وهو الأوجَه، وسيأتي بيانه إن شاء الله تعالى.

ومنها: لو أذن لعبده السفيه في التجارة صحت تصرفاته، وقيد في «التنبيه» ذلك بالرشد، وتبعه الجرجاني في «التحرير»، ولم أره لغيرهما، وهو بعيد في شرائه نفسه وكتابته، وصرحوا هناك بصحة مكاتبة غير الرشيد، وفي صحة توكيل السفيه في العقود كلام يأتي في «الوكالة» إن شاء الله تعالى، وأما إيراده المكره بغير حق؛ فسيأتي ما فيه[1].

قال: (**قُلْت: وَعَدَمُ الْإِكْرَاهِ بِغَيْرِ حَقٍّ**) لقوله تعالى: ﴿عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾ [النساء: ٢٩] ويستثنى من إطلاق المصنف ما لو قال: بع عبدي مثلًا، وإلا قتلتك، فباعه صحَّ، قاله: القاضي حسين في كتاب «الطلاق» مع نظيرها من أجنبي لم يصح على الأصح، وزيادة وصححنا هناك وقوع الطلاق، ولو أكره الوكيل بالبيع عليه أجنبي لم يصح على الأصح، ذكره الرُّويَانِيّ، وهو قضية

---

(١) انظر: «روضة الطالبين» (٨/ ٣٩).

....

كلام المصنف [ورأيت في تعليق الْبَغَوِي قبيل كتاب الجمعة: ولو أن الأسير اشترى شيئًا من الكفار بأضعاف ثمنه، فإن كان طائعًا لزمه إذًا جميعه، وإن كان مكرهًا؛ ففيه ثلاثة أوجه - يعني: ثلاثة طرق؛ أحدها: لا يصح العقد كما لو أكرهه مسلم على الشرى، وقيل: هو كبيع مال الغير بغير إذنه.

وفي «الجديد» لا يجوز [على الأظهر] ويرد العين [إلى مالكها] في القديم بعيبه.

الحربي إن دخل دار الإسلام [بأمان] هو بالخيار إن شاء ردَّ، وإن شاء أجر وأعطى الثمن، وقيل: يصح قولًا واحدًا، وعليه كل الثمن؛ لأن هذا معاملة مع الكفار [غير] معاملة [المسلمين..] كالبغوي، وإلا [فهو] عندي هو الأولى كما لو حلفوه، لا ينعقد إلا بالإكراه، وقد قيل: إنه يكون هو [الأولى] قولًا واحدًا، انتهى.

وفي «الكافي»: [أنه] إذا اشترى من الكفار [وعلم] ثمنه صحَّ، وعليه بعت [بكذا صح] الثمن من دار الكفار، وإن أكره على الثمن لم يصح الشراء، وعليه قال: **(وأمرهم بذلك إكراه على الأصح)** انتهى][1].

فائدتان: الأولى: قال الشارح هنا: لا أثر لقول المكره بغير حق إلا في الصلاة، فتبطل به على الأصح، ولا لفعله إلا في الرضاع، والحدث، والتحول عن القبلة، وترك القيام في الفريضة مع القدرة، وكذا القتل في الأصح، انتهى.

ويرد على الأول ما لو أكرهه على طلاق زوجة نفسه أو بيع عبده أو عتقه ونحوهما كما سبق، وعجب حضرة الثاني مع أنه من نُبلاء العصر؛ فإنه يرد عليه صور كثيرة.

ومنها: ما لو أكرهه على إتلاف مال الغير أو أكله وتسليم الوديعة ضمن الجميع، وفي الوديعة وجه.

---

(١) ما بين المعقوفتين استدراك من هامش الأصل، وبعضه غير واضح.

....

ومنها: لو أكره مجوسي مسلمًا على ذبح شاة أو محرم حلالًا على ذبح صيد، فذبحه حِل، وكذا لو أكرهه على رمي صيد ففعل فلم أرَ فيه خلافًا، وذكر الرَّافِعِي تفقهًا أنه لو أكره مسلم مسلمًا على الذبح إن اعتبرنا فعله، وعلقنا به القصاص، حلَّت الذَّبيحة، وكذا إن جعلناه آلة أيضًا.

ومنها: لو حضر المحرم عرفة مكرهًا صحَّ وقوفه، ولو أكره المتصارفان على التفرق بطل العقد قاله: الصيمري، ولو أكره على غسل ميت لم يتوجه عليه فغسَّله صح أشار إليه في العمد في كتاب «السرقة»، ولو أكره على وطء أمته فأحبلها، صارت أم ولد له، وفي مطاوي كلام الأئمة جُملٍ من هذه الثانية.

قال الشيخ في «شرح المهذب»: وشرط العاقد أن يكون بالغًا عاقلًا مختارًا بصيرًا غير محجور عليه مسلمًا إن كان المبيع عبدًا أي: مسلما أو مرتدًا على الأصح، أو مصحفًا أي: وما ألحق به وعصمته إن كان المبيع سلاحًا، أي: [دابة] أو خيلًا، وأنكر على «المهذب» في كونه لم يذكر البصير ولا الرشيد، ولا يخفى على الفطن ما يستثنى مما ذكره، وتقييد ما أطلقه.

فروع: يصحُّ بيع التَّلجئة[١] ويسمى بيع الأمانة، وهو أن يخاف من ظالم أو غيره على ماله فيقول لصاحبه: أبيعكه على أن ترده إليَّ إذا أمنته حتى أقول: إني قد بعته، وإذا بعتك لا ينعقد البيع، ثم يبيعه إياه بعد ذلك، ويصح الهازل في المصادر على الأصح في الثلاث، وعن أبي منصور بن الصباغ عن عمِّه أبي نصر صاحب «الشامل» أنه إن كان للمصادر غير المبيع صح البيع، وإلا فوجهان، والله أعلم.

وبصحة بيعه أجاب الغزالي في «الفتاوى» قال: فإن اعترف المشتري بأنه لم يكن له طريق سوى البيع لم يصح البيع.

---

(١) هو العقد الذي يباشره الإنسان عن ضرورة الرجعة كالمدفوع إليه، وصورته أن يقول الرجل لغيره: أبيع داري منك بكذا في الظاهر، ولا يكون بيعًا في الحقيقة، ويشهد على ذلك، وهو نوع من الهزل. [التعريفات للجرجاني (١/ ٦٩)].

وَلَا يَصِحُّ شِرَاءُ الْكَافِرِ الْمُصْحَفَ. اَلْمُسْلِمُ فِي الْأَظْهَرِ، ....

وأطلق الإمام الزاهد القاضي أبو بكر الشَّاشِي- رَحِمَهُ اللهُ تعالى- القول بعدم الصحة، قال: لأنه قد يخاف أن لو وزن من غير المبيع أن يطالب بمال آخر، قال: ولهذا قال أصحابنا أنه لو باع موكلًا به أو معتديًا، كان القول قوله بيمينه أنه كان مكرهًا لظاهر حاله، انتهى.

قال: (**وَلَا يَصِحُّ شِرَاءُ الْكَافِرِ الْمُصْحَفَ وَالْمُسْلِمُ فِي الْأَظْهَرِ**) أي: وظاهر حال هذا أنه إنما باع كرهًا للمصادرة لا عن طيب نفس منه ورضا؛ فهو مكره في المعنى.

لما فيه من العار وتعريض المصحف للامتهان والعبد للإذلال والافتراش كما لا يصح نكاحه المسلمة، والثاني يصح كالإرث وصححه الشيخ أبو حامد وغيره ونقلوه عن نصه في عامة كتبه، وجمهور العلماء والمنصوص في الإملاء المنع، وصححه الأكثرون.

تنبيهات: البيع حرامٌ بلا خلاف قاله: الشيخ، وإنما الخلاف في الصحة، والمذهب القطع، وما يلحق به البطلان، وطريقة القولين فيهما ضعيفة، ولكنه تبع «المحرر» ويجوز قصر قوله: في الأظهر على مسألة العبد فقط، وكتب الحديث، وآثار الصالحين كالمصحف على الأصح المنصوص خلافًا للماوردي؛ فإنهما نقلا عنه أنه يصح بيع كتب الحديث منه، وفي إزالة ملكه وجهان، ولكنه في أحكام المهادنين، قال: إنهما قويان أحدهما ما فيه سيرته، ووصفه عليه الصلاة والسلام فبيعها لهم جائز، والثاني ما فيه أوامره ونواهيه وأحكامه، ففي بيعها منهم وجهان.

ونقل الإمام في باب «الهدية» أن الأصحاب ألحقوا كتب الحديث في المنع بالمصحف، فإن العراقيين طردوا القولين في صحة بيع كتب الحديث وحكايات الصالحين، قال: ولست أرى لرد البيع في حكايات الصالحين وجهًا، انتهى.

ووجه المنع أنه يؤدي إلى الهزء والسخرية بأولياء الله تعالى وصفوته،

إِلَّا أَنْ يَعْتِقَ عَلَيْهِ فَيَصِحُّ فِي الْأَصَحِّ.

وجعل الْعِمْرَانِي وغيره كتب الفقه ككتب الحديث في المنع، وعن أبي حامد وغيره الجواز فيما خلا منها عن الآثار، والأحسن إطلاق المنع تعظيمًا للعلم الشرعي.. وقال الْبَغَوِي: كتب التفسير كالقرآن، والأولى صيانة كتب الفقه عنهم؛ فإن بيعه منهم جاز.

قلت: ولم يفرقوا في بيع المصحف وغيره بين من يرجى إسلامه وغيره، وقد فرقوا في تعليم القرآن بينهما، والقولان جاريان في الهبة، والوصية، وأجراهما الشيخ وغيره في السَّلَم، وزَيف الماوردي ذلك، وجعل المذهب القطع بصحة السَّلَم، والقرض كالبيع، ويجب الجزم بأنه لا يصح وقف المسلم على الكافر لِلْخِدْمَةِ. وفي هدنة «الحاوي، فإن أسلم قبل قبولها ملكه، وإلا فلا لأن وقف الوصية جائز، وهذا أحسنه، وبه قضية كلام المصنف وغيره صحة شراء الكافر مطلقًا لكنه صحح أنه لا يصح شراؤه المرتد لبقاء علقة الإسلام والاحتياط ألا يبتاع الطفل النصراني من اليهودي، ولا بالعكس، وألا يُبتاع المجوسي ونحوه ممن لا دين له منهما فيهودانه وينصرانه لا محالة.

قال: (**إِلَّا أَنْ يَعْتِقَ عَلَيْهِ فَيَصِحُّ فِي الْأَصَحِّ**) وقيل: يصح قطعًا، وصححها في شرح «المهذب»، وجعل الطريقة المذكورة في الكتاب على القولين لا على وجهين، ووجه الصحة فيمن يعتق عليه، وهو الأصل أو الفرع عدم الإذلال، ووجه المنع النظر إلى الملك، وأجرى الخلاف في كل شراء يستتبع عتقًا كأعتق عبدك عني، وجعل الْعِمْرَانِي هذا دليلًا لصورة الكتاب، وهو الجواب في «الشامل» وغيره، وكذا شراؤه من أقرَّ بحريته، والأُولى أولى بالصحة؛ لأن الملك فيها ضمني، والثانية أولى بالمنع؛ لأن العتق في الظاهر فقط، ويجوز تحميل لفظ الكتاب الصور [المرقومة][1]. ولو اشترى شُرط العتق على قول المنع في أصل المسألة، وقيل على هذا الخلاف.

فرع: يجوز استئجار المسلم على عمل في الذمة، وكذا عينه على الأصح

---

(١) كلمة غير واضحة بالأصل.

وَلَا الْحَرْبِيِّ سِلَاحًا، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ].

المنصوص حرًّا كان أو عبدًا، وصحح الجرجاني، والروياني.

وقال الماوردي: الصحيح أنه إن كان في ثلاثة صحَّ، أو في يد المستأجر عن أمره كالاستخدام فلا، وذكر في «الهدنة»: أن الأصحاب خرجوا إجارة العبد منه على القولين في بيعه ثم فصَّل ما ذكرناه، وحيث صححنا إجارة العين أمر بإزالة ملكه عن المنافع بأن يؤجره مسلمًا على الأصح، وبه جزم جماعة، وإذا أمرناه فامتنع! قال الماوردي: تفسخ الإجارة، والقياس أن الحاكم يؤجره عليه.

فرع: قال في «اللباب»: لا يدخل [عبدٌ][1] مسلم في ملك كافر ابتداء إلا في ست مسائل،[2] قال في «الروضة»: وترك سابعة[3].

قلت: بل ترك أكثر من عشرين مسألة ذكرت طرفًا منها في «الغنية» وباقيها في مسودة «التوسط»[4].

قال: (**وَلَا الْحَرْبِيِّ سِلَاحًا، وَالله أَعْلَمُ**) لأنه مستعد لقتالنا فيكون ممنوع التسليم شرعًا، وقيل: يصح، وأجمعوا أنه حرام؛ فإن صححنا أمرناه بالإزالة كالعبد، ولا يصح بيع الخيل منهم.

قال الشَّافِعِي في [سير الأوزاعي] [5] من «الأم»: وأما الكراع والسلاح، فلم أرَ أحدًا رخَّص في بيعهما، ولا يجيز أن نبيعهما.[6][7]

---

(١) الزيادة من كتاب اللباب للمحاملي (ص٨٤).

(٢) قال المحاملي: إحداها: بالإرث، الثانية: يسترجعه بإفلاس المشتري، الثالثة: يرجع في هبته لولده، الرابعة: إذا رد عليه بعيب، الخامسة: إذا قال لمسلم أعتق عبدك عني فأعتقه وصححناه، السادسة: إذا كاتب عبده الكافر الراوي العبد، ثم عجز عن النجوم فله تعجيزه، وهذه السادسة فيها تساهل، فإن المكاتب لا يزول الملك فيه ليتجدد بالتعجيز. انظر: اللباب (ص٨٤).

(٣) هي إذا اشترى من يعتق عليه، انظر: الروضة (٣/ ٣٤٨).

(٤) يشير المصنف إلى كتابه «التوسط والفتح بين الروضة والشرح».

(٥) الذي في الأصل [سنن الواقدي] والمثبت هو الصواب كما في كتاب «الأم» (٧/ ٣٠٣).

(٦) انظر النص في كتاب الأم للشافعي (٧/ ٣١٧).

(٧) في هامش الأصل: ونص على المنع فيهما في كتاب السيوطي هناك أيضًا، قلت: في كتابه مختصر التوسط والفتح للمصنف: «تحصين الخادم».

....

وقال الصيمري في شرح «الكفاية»: ولو باع سلاحًا أو خيلًا على أهل الحرب نقضنا البيع، وما أحسن قول بعض الأصحاب، ولا يجوز أن يبتاع منهم كل ما يستعينون به على قتالنا، وعبارة «حلية» الرُّويَانِيّ: ولو باع السلاح في دار الإسلام لم يجز في قول الاختيار وبه قال القاضي الطبري، وغيره.

وقوله: «في دار الإسلام» يجوز أن يكون قيد الخلاف في الصحة؛ إذ التحريم [الكتابة] ببلد العقد والبيع بغيره يبطل البيع قاله: الماوردي، ورواه عن بعضهم وفيه [. . . . .][1] عن هذا، ورأيت في «فروع ابن الْقَطَّان» أنا إذا صححنا بيع خيار الرؤية، فهل يجتمع أن يشترطه في نفس العقد أم لا على وجهين: أحدهما نعم، كخيار الثلاث، وأما لو كان الثمن غائبًا هل يجوز وجهان، أحدهما: أنه لا؛ لأنه يكون بيع غائب، انتهى.

الخامس: لو رأى بعض المبيع غائبًا وبعضه في الصندوق، فكالغائب، وقيل: باطل قطعًا وهو قضية ما نسبه الماوردي إلى الجمهور، ولو كان المبيع شيئين رأى أحدهما؛ فإن أبطلنا بيع الغائب، ففي المرئي ولا تفريق الصفقة، وإلا ففي الصحة فيهما قولًا، الجمع بين مختلفي الحجم، فإن صححنا فله ردّه ما لم يره دون ما رآه، وللمسألة تفاريع طويلة.

السادس: قال الإمام: لو كان ما ظن الصُّبرة[2] يخالف ظاهرها فحفظي عن الإمام يعني والده أن ذلك بيع غائب، وفيه احتمال عندي.

قلت: إن لم يصفه ففيه ما سبق، وإن وصفه فبيع غائب.

قال الإمام: ولو قال: بعتك صاعًا من داخل الصُّبرة فبيع غائب.

السابع: في «فتاوى» الْبَغَوِي أنه لو رأى ظاهر الصُّبرة، ثم رفع المالك ما ظهر منها ثم باعه الباقي من غير رؤية، فهو بيع غائب، وقال: وكذا لو رأى الجَوز صحاحًا ثم كسَّره مالكه وباع اللَّب، فبيع غائب.

---

(١) ما بين المعقوفتين بياض قدر كلمة بالأصل.
(٢) الصُّبْرَةُ: ما جُمِعَ من الطعَامِ بلا كَيلٍ ووَزْنٍ، بعضُه فَوْقَ بعض. « لسان العرب» مادة: (صبر).

....

الثامن: قال الدارمي: إذا باعه عرصة لحمة، وفيها ما لم يجز وإن باعها، والقصد القصب والنبت كانت الأرض بيعًا.

قلت: وهذا إن صح اطرد في مسائل كثيرة.

التاسع: إذا منعنا بيع الغائب وشراءه لم يصحا من الأعمى، وكذا إن جوزنا في الأصح، إذ لا سبيل إلى الرؤية فعلى المذهب يستثنى صور منها:

إن كتب على نفسه، وكذا عبده في الأصح وله شراء نفسه وإيجارها وشراء شيء رآه، وقيل: العمى وكان مما لا يتغير، وكذا بيعه وإجارته إذا لم يكن نسي أوصافه كما قيده في البحر في كتاب الغصب، ويصح شراؤه الموصوف في الذمة لسلمه، وينقدح صحة شرائه ما حوى الشيء واشترى الضمني، وهو أن يكون العِوض في الذمة، فإن كان معيبًا فهو كغيره في شراء الأعيان العامة، ورأيت في لطيف ابن خيران في كتاب الشراء ما لا يزن من الذهب والفضة، ويجوز شراء ذلك إذا كانت غير معروفة كما يقول الرجل للصيرفي كيف الدراهم والصرف بالدنانير الإبريزي إن كان كل واحدٍ منهما غير مشاهد، هذا لفظه ولعله أراد المصارفة في الذمة على نقد معروف لا بيع الأعيان.

قال: وتكفي الرؤية قبل العقد فيما لا يتعين غالبًا إلى وقت العقد، أي: وإن منعنا بيع الغائب خلافًا للأنماطي لحصول المقصود والغالب بقاؤه على ما شاهده عليه.

وروى البيهقي مذهب الأنماطي عن رواية عبد العزيز بن مقلاص، فعلى المذهب إن وجده كما رآه فلا خيار أو متغيرًا فالمذهب أن العقد صحيح، وبينت الخيار كخيار الحلف، وفي «الوسيط»: وجه أنه يتبين بطلان البيع.

قال الماوردي: وصورة المسألة أن يكون ذاكرًا للأوصاف حال العقد، وإلا فهو بيع غائب، واستغربه الشيخ، وقال: لم يتعرض له الجمهور[1].

قلت: وهو ظاهر لا شكَّ فيه، وكلامهم محمول عليه بل مشيرٌ إليه، وممن

---

(١) انظر: كتاب المجموع شرح المهذب (٩/ ٢٨١).

....

صرح به الرُّويَانِيّ في كتاب الغصب من «البحر» فقال: إن لم يمضِ مدة يجوز تغيره فيها صحَّ البيع بلا خلاف، وكذا إن جاز بغيره على الصحيح وإن طالت المدة ونسيا أوصافه فقد بطل حكم الرؤية ووجهه ظاهر، فإن نسيان الصفات تجعل ما سبق كالعدم إذ المعنى معقول وليس محل تعبد؛ إلا أنه لو رأى سخلة فصارت شاة أو صبيًّا فصار رجلًا، وما أشبه هذا ثم اشتراه بتلك الرؤية ففيه قول بيع الغائب كما قاله الْقَفَّالُ وغيره، ولم أرَ فيه خلافًا، وما نحن فيه أولى بالمنع، قال دون ما يتعين غالبًا أي: كالبقول ونحوها لعدم إعادة الرؤية السابقة والغرض كذا جزما به، وقيل: يصح، وصححه الشيخ أبو علي في شرح «التلخيص».

قال الإمام: [وليس المراد بتغيره حدوث عيب][(١)] وإن كان مما لا يتغير غالبًا، ولكن مضت مدة يحتمل فيها التغير وعدمه، وكان المبيع حيوانًا فالأصح، وقيل: الأظهر الصحة، ثم إن وجده متغيرًا، فله الخيار، وإلا فلا، وحيث اكتفينا بالرؤية السابقة، فادعى تغيره صدق يمينه على الأصح المنصوص، وقيل: المصدّق البائع عملًا بالأصل، وصححه ابن الرِّفْعَة في «الكفاية»، ونقله في «المطلب» عن الغزالي، وأنكره عليه، ونقل الأول عن الجمهور.

فرع: قال الرُّويَانِيّ: لو رأى أرضًا وآجرًا وطينًا، فبنى بها حمامًا فاشتراه،

---

(١) ما بين المعقوفتين سقط من هامش الأصل. وقال الإمام: وليس المراد بتغيره حدوث عيب، فإن خيار الغيب لا يختص بهذه الصورة بل الرؤية بمنزلة الشرط الكائنة ثم الرؤية، فكل ما فات منها فهو كتبين الخلف في الشرط، وأما إذا كان المبيع مما يتغير في مثل تلك المدة غالبًا بأن رأى ما يسرع فساده من الأطعمة ثم اشتراه بعد مدة صالحة، فالبيع باطل، وإن مضت مدة يحتمل أن يتغير فيها، ويحتمل ألا يتغير أو كان حيوانًا فالأصح الصحة؛ فإن وجده متغيرًا فله الخيار، وإذا اختلفا فقال المشتري: تغير، وقال البائع: هو بحاله؛ فالأصح المنصوص أن القول قول المشتري مع يمينه لأن البائع يدعي عليه علمه بهذه الصفة، فلم يقبل كادعائه اطلاعه على العيب، والثاني القول قول البائع، الثاني: استقصاء الأوصاف على الحد المعتبر في السلم هل يقوم مقام الرؤية، وكذا سماع وصفه بطرق التواتر وجهان أصحهما لا، وبه قطع العراقيون، الثالث: لو رأى بعض الشيء دون بعض فإن كان مما يستدل برؤية بعضه على الباقي صح البيع قطعًا، وذلك مثل رؤية ظاهر صبرة الحنطة ونحوها، ثم لا خيار إذا رأى باطنها إلا إذا خالف ظاهرها، انظر: روضة الطالبين (٣/ ٣٧٠)، وحاشية البجيرمي (٢/ ١٨٦).

وَيَصِحُّ بَيْعُ صَاعٍ مِنْ صُبْرَةٍ تُعْلَمُ صِيعَانُهَا، ....

وقيل: كبيع الغائب ولو فرق صنفان صبرة متماثلة وباع صاعًا منها خلافًا للقاضي أبي الطيب.

فرع: قال في «الكافي»: لو قال بعتك ألف رطل عنب من هذا الكرم أو عشرة إصبع من رطب هذا النخل لم يصح؛ لأن المبيع غير معلوم لا بالعين ولا بالجزية.

فرع: لا يصح بيع المسك، قال في «اللطيف»: لا يجوز شراء السفرجل والرمان والبيض والجوز ونحوه عددًا إلا بعد الإفراز، إما أن تقول: بكم درهم هذا فلا يجوز، وكلام «البسيط» في «كتاب السلم» يفهم الجواز في الجوز واللوز؛ بل مصرح به، والظاهر المثبت من «النهاية».

فرع: لا يصح بيع المسك المختلط بغيره كما لا يصح بيع اللبن والخل ونحوهما المخلوط بالماء هكذا قالوه.

قال في «شرح المهذب»: يرد إذا خالط المسك غيره لا على وجه التركيب فإن كان معجونًا بغيره [كالغالية][(١)] والنّد جاز بيعه دون السلم فيه.

قال: واتفق أصحابنا على أنه يجوز بيع تراب المعدن قبل تصفيته وكذا تراب السلفة سواء باعه بذهب أم بفضة أم بغيرها.

قال: (**وَيَصِحُّ بَيْعُ صَاعٍ مِنْ صُبْرَةٍ تُعْلَمُ صِيعَانُهَا**) لعدم الغرر وتترك على الإشاعة على المذهب فإذا تلف بعضها تلف من المبيع بقدره، وقيل: على الإبهام فيتبقى المبيع ما بقي صاع، ولو باع ذراعًا من ثوب أو أرض معلومة الذراعان لهما.

قال الإمام: يصح على الأول دون الثاني والمشهور القطع بالصحة فيهما على الإشاعة حذرًا من إفساد العقد، ولو قال البائع: أردت ذراعًا معينًا فيفسد.

وقال المشتري: أردت ذراعًا فيصح، فمن نصدِّق؟ احتمالان للإمام.

---

(١) انظر: أسنى المطالب (٧/ ٤٦٧).

وَكَذَا إِنْ جُهِلَتْ فِي الْأَصَحِّ.

قال المصنف: أرجحهما البائع؛ لأنه أعرف بنيته(١).

قال: (وَكَذَا إِنْ جُهِلَتْ فِي الْأَصَحِّ) أي: المنصوص لتساوي أجزائها فيغتفر حالة البيع هنا، فعلى هذا يتعين عدم الإيهام لامتناع الإشاعة [ويكره] التعيين من أعلاها أو أسفلها، والثاني: اختاره الْقَفَّالُ المنع كذراع من أرض مجهولة الذراعات، وبيع الصبرة المجهولة إلا صاعًا أو صاع منها إذا فرقت.

وأجيب عن الأول: بأن الأرض تتفاوت، وعن الثاني: بأن المبيع في مسألتنا معلوم، وفي الصبرة إلا صاعًا مجهولًا؛ لأن مع تقدير الإخراج لا تبقى الثقة المنسوبة إلى المشاهدة واليمين.

وقال بعضهم: في صاع من صبرة إذا تلفت إلا صاعًا أنزل عليه، فيقل الغرر، وفي الصبرة إلا صاعًا لو تلفت إلا صاعًا أبطل العقد فكثر الغرر، وعن الثالث: أن الصيعان المتفرقة لو كيلت ثانيًا ربما تتفاوت.

فرع: لو باع صاعًا من المجهولة ونصف باقيها لم يصح وفيه احتمال، ولو باع نصفها وصاعًا من النصف الآخر صح خلافًا للقاضي الحسين، ولو قال: بعتك من باطن هذه الصبرة، فكبيع الغائب، قاله الإمام، وشبهه بالأنموذج إذا لم يدخله في البيع.

فرع: باع أرضًا محفوفة بملكه إن قال بحقوقها دخل الممر، وله المرور من كل جانب كما كان للبائع، وإن نفاه بطل البيع.

وقيل: يصح، وقيل: إن أمكن تحصيل ممر صح، وإن أطلق فالأصح الصحة، ويدخل الممر إن كان شرط الممر من جانب ولم يعينه بطل البيع، ويكون أيضًا الممر إبهام المبيع، وإن عينه صح، وإن كانت ملاصقة لشارع أو لملك المشتري فلا ممر له؛ بل يدخل من ملكه أو الشارع، وإن باع دارًا واستثنى لنفسه بيتًا فله المرور، وإن نفاه وأمكن اتخاذه صح وإلا فوجهان.

قال في «شرح المهذب»: أصحهما بطلان البيع، وبه قطع بعضهم كبيع

---

(١) انظر: «نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج» (١٢/ ٢٦٢).

....

ولم يره، فيحتمل أن يصحَّ، ويحتمل المنع، وهو أصح.

قلت: بل الصواب، قال: وعلى هذا لو رأى رطبًا ثم اشتراه تمرًا، لم يصح. قال: وتكفي رؤية بعض المبيع إن دلَّ على باقيه كظاهر الصبرة أي: على المشهور، وفي قول شاذٍّ أو وجهٍ أنه لا بدَّ من تقليبها، والمذهب الأول؛ لأن الظاهر أنها لا تختلف، فإن اختلفت ثبت الخيار، ومثال هذا: الحِنطة والشعير وسائر الحبوب والأدقة والجوز واللوز والفستق والبندق والتين اليابس والزبيب ونحوها لا في صبرة السفرجل والرُّمان والبطيخ، بل اشترط رؤية كل واحدة منها، والظاهر أن الجوز الهندي كذلك.

وقال المصنف وغيره: ولا يكفي رؤية أعلى سلة العنب والتين والخوخ ونحوها لاختلافه، وفيه إشكال إذ المأخذ العرف، وهو مطرد به، والإجماع الفعلي عليه؛ فينبغي أن يكفي، فإن ظهر اختلاف أو عيب ترتب عليه حكمه كصبرة اليابس، ثم رأيت الإمام، وعليه جري، قال: لو اشترى قرطلة[1] فاكهة، يعني: سلة ونحوها، وظهر فيها حشو جَهِلَه بخبر، وعليه جرى الغزالي في «البسيط»، ولو كانت الحنطة ونحوها في وعاء فرأى أعلاه أو رأى أعلى السمن أو الخل أو العسل وسائر المائعات في ظروفها كفى، ولو كانت الحنطة ونحوها في بيت مملوء بها، فرأى جنسها من الكوة[2] كفى إن عرف سعة البيت وعمقه وإلا فلا، وكذلك الجمد في المجمدة والثلج في المثلجة، وهذا في شرى الكل جزافًا وما سبق في التمر هو فيما لا يلتصق حبَّاته، فإن التصقت كالقَوصرة التي نسميها العَجوة كفى رؤية أعلاها على الصحيح[3].

وقال الشَّاشِي: فيه طريقان أظهرهما القطع بالصحة وقيل: على قولي بيع الغائب وفي القطن في الجوالق خلاف، والأشبه عند الصيمري أنّه كقوصرة التمر وهو الصحيح، وفي فتاوى الْبَغَوِي أنّه لو رأى أحد جانبي البطيخة، قال:

---

(١) القِرْطَلَّة: برذعة الحِمار. تاج العروس (١١/ ٥٥٥).

(٢) الكَوَّةُ: الخَرْقُ في الحائِطِ. «لسان العرب» مادة: (كوى).

(٣) انظر: روضة الطالبين (٣/ ٣٧٠)، المجموع شرح المهذب (٩/ ٢٨٢).

....

فقد جعلوه كبيع الغائب، وإن كان الغالب أنها لا تتفاوت كالثوب الصفيق يُرى أحد وجهيه، انتهى.

ونحا مثله في السفرجلة والرمّانة ونحوهما فيما يظهر؛ لأنّه قد يكون العيب والنقص مما يلي الأرض، وقد يُسْتَبْعَدُ.

قال: وأنموذج المتماثل وهو ما يسميه العامة عين الشيء، وصورتها أن يقول: بعتك الحنطة التي في هذا البيت، وهذا أنموذجها، فإن أدخله في البيع صحَّ في الأصح كما لو رأى ظاهر الصُّبرة، وإلا فلا في الأصح كذا في «الروضة» وأصلها. قال من شرح الكتاب: وشرط الصحة عند إدخال الأنموذج في البيع أن يرده إلى الصُّبرة قبل البيع، فأما إذا أدخله في البيع من غير ردٍّ، فإنه يكون كمن باع عبدين رأى أحدهما؛ لأن المرئي متميز من غير المرئي، قاله الْبَغَوِي في فتاويه.

قلت: ولفظ الفتاوى: إذا أخرج كفًّا من جوالق، وباعه ما في الجوالق جَوَّزه الشيخ الْقَفَّالُ، وهو قول أبي حنيفة، ولم يجوزه أصحابنا؛ لأن المبيع غير المرئي، ولو باع الكفَّ مع ما في الجوالق لا يخلو إما أن يردَّ إليه ثم باعه، أو لم يرد، فإن ردَّ إليه وباعهما؛ فهو كما لو باع عبدين رأى أحدهما دون الآخر.

قال: وكذلك صبرة من حنطة جعلها صبرتين، ثم رأى إحداهما ثم باعهما؛ فتكون كمن باع عبدين رأى أحدهما دون الآخر، ولا تجعل كصبرة واحدة رأى ظاهرها؛ لأن المرئي متميز عن غير المرئي كالجوز يرى قشره يجوز أو يكون مما يستدل برؤية بعضه على رؤية كله لكونها غير مختلفة في الغالب كالصبرة من الحنطة، فإذا تميز لا يجوز كما إذا كان شيئًا لا يستدل برؤية بعضه على رؤية كله كصبرة البطيخ، فالتمييز مشاهدة فيما لا تختلف صفاته، منزَّل منزلة الصفات، ولو جعل الصبرة صبرتين ثم أراه إحداهما ثم خلطهما؛ فهو كما لو رأى بعض المبيع، انتهى.

إشارة: مراد المصنف بالمتماثل المتساوي الأجزاء كالحبوب ونحوها إلا

....

المثلى كما توهمه ابن الرِّفْعَة وإلا وردَّ عليه البطيخ والسفرجل والرمان والبيض والقشرة السفلى للجوز واللوز؛ لأن صلاحه في إبقائه فيه.

تنبيهات: كان الأحسن أن يقول: خلقة أو يأتي في حكمه، فإن الرُّويَانِيّ والمصنف وغيرهما جوَّزوا بيع العلك المحشو والخشكنان[١] ونحوهما؛ لأنه من مصلحة حشوه كقشر الرمان، وفي معنى ذلك الفقاع[٢] فإن الكوز صوان مصلحي لا خلقي، وقد نقل الإجماع على صحة بيع الجبة المحشوة بالقطن ونحوها، وهل تلحق اللُّحف والفُرش بها، فيه وقفة، وتكفي رؤية السمك في الماء الصافي، وكذا الأرض يعلوها ماء صافٍ؛ لأنه من صلاحهما، قيل: كذا علل الرَّافِعِي، وقضيته أن الماء الكدر يمنع صحة بيع الأرض لكنه في الإجارة نصَّ على أنه لا يمنع؛ لأنه من مصالحها، فيلزمه مثله هنا؛ لأن الرؤية شرط فيهما، قيل: وفيها احترز بقوله: «خلقة» عن جلد الكتاب ونحوه، فإنه لا يكفي رؤيته، بل لا بدَّ من تقليب كل ورقة، وعن رؤية المبيع من وراء قارورة، ونحو ذلك، وقد اقتضى كلامه هنا أنه لا يصح بيع اللوز في قشريه، وهو كذلك، وإذا انعقدت السفلى، أما قبله فيصح فيهما؛ لأنه مأكول كله كالخيار، وقيل: فيه في هذه الحالة وجهان، واحترز بالسفلى عن العليا، وسيأتي إن شاء الله تعالى بيانه والتفصيل فيه، وفي الباقلاء واللوبياء.

وقد يدخل في قوله: «خلقة» فأرة المسك قبل فتحها كما جوَّزه ابن سُرَيْج وغيره؛ لأنها صوان خلقي كقشر الجوز، وخالفهم الجمهور، والفرقان المسك نفيس، والتفاوت في مقداره عرك لا يحتمل عرفًا، وأيضًا **قلت**: الجوز لا يمكن رده إلى صوانه بخلاف الفأرة.

قال: وتعتبر رؤية كل شيء على ما يليق به أي: عرفًا، قال في «الروضة»: ففي الدار رؤية البيوت والسقوف والسطوح والجدران داخلًا وخارجًا

---

(١) هو اسم لقطعة عجين يوضع فيها شيء من السكر واللوز والجوز والفستق وفطيرة رقيقة. انظر: حاشية البجيرمي (٢/ ١٨٦).

(٢) الفُقَّاعُ كرُمَّانٍ: شَرابٌ يُتَّخَذُ من الشَّعير، انظر: «تاج العروس» (فقع).

....

والمستحم والبالوعة[١].

وعبارة الرَّافِعِي بعد قوله: «داخلًا وخارجًا وفي الحمام رؤية المستحم والبالوعة، وهي الصواب، فقال في «الروضة» في الإجارة: في الحمام يعرف البيوت وبئر مائه وقِدرته، ومبسط القماش، والأتون، وهو موضع الوقود، وما يجمع الأتون من السِّرقين[٢] ونحوه، والموضع الذي يجمع فيه الزِّبل، والوقود، ومطرح الرماد، والمستنقع الذي يجمع الماء الخارج منه، انتهى[٣].

وعبارة الرَّافِعِي: ومبسط القماش الذي يجمع الأتون من السِّرقين ونحوه، ومراده منشر الزِّبل ونحوه، لا موضع الثياب، وأصل الالتباس أن في نسخ: «ومبسط القماش» والذي وهذه الواو زائدة من ناقل، والصواب حذفها، ومبسط الثياب داخل في رؤية البيوت، وفي عبارة «الروضة» إيهام ودخول ما يكون من زبل ونحوه في الأتون في الإجارة، وليس بجيدٍ ولا مرادٍ، وأحسن صاحب «التعجيز في شرحه للوجيز» حيث قال: ومبسط القماش: هو الموضع الذي يجمع الأتون فيه من السرقين ونحوه إليه للإيقاد.

وقال الجوهري: القَمْشُ جمع الشيء من هنا ومن هنا، وذلك الشيءُ قُمَاشٌ[٤]. وقد أوضحت ما في ذلك في مسودات «التوسط» كمَّله الله تعالى.

ورأيت في «فتاوي الْقَفَّال»: أنه لو اشترى سقف بيت من خشب أو غيره، ونظر إليه من تحته كما جرت العادة كان جائزًا، ثم إن اشتراه لنقله نقله، وإن اشتراه مطلقًا كان جائزًا، وله إقراره على ذلك الموضع، انتهى.

وظاهر كلامه أنه تكفي رؤية باطن السقف، ثم رأيتُه صرَّح بأنه إذا اشترى دارًا، فلم ير سطحها لا يجوز عند من لم يجوِّز بيع الغائب وشراءه، انتهى.

---

(١) انظر: الروضة (٣/ ٣٧١).

(٢) السِّرْقِين والسَّرقين: ما تُدْمَلُ به الأَرضُ، ويقال: سِرْجين، انظر: لسان العرب (سرقن).

(٣) انظر: الروضة (٥/ ١٩٥).،

(٤) عبارة الجوهري: القَمْشُ: جمع الشيء، من ها هنا وها هنا، وكذلك التَّقْميشُ، وقُماشُ البيت: مَتاعُه، انظر: الصحاح، مادة: (قمش).

....

وتعتبر في رؤية البستان ونحوه، والأرض، والجدران، والأشجار، ومسايل الماء، وكذا رؤية طريق الدار، ومجرى الماء الذي يدوره الرحا في الأصح فيهما، وفي العبد الوجه والأطراف، وكذا ما عدا العورة على الأصح، والأمة كالعبد على الأصح، وقيل: تكفي رؤية الوجه، والكفين منهما، وقيل: ما يبدو في المهنة، وهو المختار، وعليه العمل في الأعصار والأمصار، ويشترط رؤية الشعر على الأصح، لا اللسان والأسنان في الأصح، وأجراهما الْبَغَوِي في رؤية أسنان الدواب، ولا يبعد الفرق من رؤية شعر الأمة السوداء وغيرها، وفي الدواب رؤية مقدمها ومؤخرها وقوائمها، ورفع السرج والإكاف والجل، ولا فيما ينشر إلا عند القطع لا يشترط إجراء الفرس بين يديه على الأصح، وفي الثوب المطوي نشره، وللإمام احتمال فيما لا ينشر إلا عند القطع، قيل: وهو وجه للشيخ أبي علي ذكره في «شرح التلخيص»، قال: ولم أره هنا فيه.

وحكى الجرجاني في «الشافي» وجهًا ثالثًا أنه لا يشترط مطلقًا، وفي فتاوى الْبَغَوِي أن الشيخ أبا علي ذكر في «شرح التلخيص» أنه لو اشترى ثوبًا مطويًّا بيعت بالنشر كالشاهجاني، ودق مصر يكفي رؤية ظاهره، ولم يتعقبه بمخالفة، وعليه العمل والعرف جارٍ به في هذا النوع وأشباهه، وهو المحكي على موافقة احتمال الإمام، وهو المختار إذ العمدة العرف، فعلى المشهور إنْ كان الثوبُ صفيقًا كالديباج المنقوش يعتبر وجه منه على الأصح، ويشبه أن يكون اعتبار رؤية الوجهين في الصفيق في غير المخيط، أما المخيط بوجهين من الجوخ والصوف والنفيس ونحوهما؛ فالظاهر أنه يكفي رؤية وجه من الوجهين دون المستتر منهما كما في خيار الخزِّ ونحوها، ويظهر اشتراط رؤية بطانة الجبة، وفي الكتب تقليب الأوراق، ورؤية وجهيه ورؤية وجهي البُسط وَرُؤْيَةُ وَجْهَيْ مَا يَخْتَلِفُ مِنْهُ كَدِيبَاجٍ مُنَقَّشٍ، فتكفي رؤية جميعها، وكذلك الكاغد يرى جميع طاقاته، قاله القاضي حسين، وتابعوه عليه، والإجماع الفعل في بيع الكتب والورق على خلاف ذلك، والمختار الاكتفاء برؤيته على حسب العادة، ويكفي

....

فيه الاستقصاء والاطلاع على معظمه، ولا يشترط مس الثياب، ولا ذوق الخل ونحوه، ولا شم المسك ونحوه، على الصحيح لا في الجميع.

قال: والأصح أن وصفه بصفة السلم لا يكفي أي: عن الرؤية، وكذا سماع وصفه بطريق التواتر؛ لأن الرؤية تطلع على أمور تضيق عنها العبارة.

قال: والثاني يكفيه حتى يصح بيع العين الموصوفة على القولين إقامةً كذلك مقام الرؤية، وبين هذا الوجه، وبعض الوجوه الشائعة فيما يعتبر من الأوصاف في بيع الغائب تفاوت ظاهر.

واعلم أنَّ ما صححنا جعلناه بيعًا خاصًّا في الحكم، فلا خيار فيه إلا بعيب أو خلف وصفٍ، ولا تخالف بين ما ذكره هنا وبين قوله، ولو قال: اشتريت منك ثوبًا صفته كذا؛ لأن ذاك بيع موصوف في الذمة، وهذا يقع عين مميزه، وهذا موصوف واضح، ويشتبه على الضعيفة.

قال: ويصح سلم الأعمى أي: سواء أسلم أو أسلم إليه؛ لأنه يعرف الصفات، ويوكل فيمن يصفه عنه، ولا يصح قبضه بنفسه على الأصح.

قال: وقيل: إن عمي قبل تمييزه فلا، لعدم معرفته الصفات، والمذهب الأول؛ لأنه يميز بينهما بالسماع لبصير مسلم فيما لم يكن رآه، ومحل هذا إذا كان رأس المال موصوفًا في الذمة ثم عين في المجلس؛ فإن كان معينًا فكبيعه العين وشرائه، وقد سبق بيانه، والله أعلم، وبالله التوفيق.

ونختم الباب بفروع حسنة مهمة ختم الله لنا بالحسنى:

فرع: قال في «الروضة»[1]: بيع المسك في الفأرة باطلٌ، سواء بيع معها أو دونها كاللحم في الجلد سواء فتح رأس الفأرة أم لا.

وقال في «التتمة»: إذا كانت مفتوحة نظر إن لم يتفاوت ثخنها، وشاهد المسك فيها؛ صحَّ البيع، وإلا فلا.

(١) انظر: روضة الطالبين (١/ ٤١٣).

....

وأما توجيهه إذا كان ميتًا بأنه طاهر في وجه فالمذهب خلافه فتصير النجاسة مبيعة وزنًا من غير حاجة إلى احتمال ذلك، وقوله: «إن كمال الانتفاع... إلى آخره» صالح الأصل التجويز، ولا منع منه إنما الممنوع بيعه وزنًا مع سهولة اجتنابه.

الثالث: الذي أورده ابن الرِّفْعَة في «الكفاية»، والعجل وغيره منع بيعه وزنًا، وهو الأوجه، والصحيح المختار، ثم رأيت في تجربة الرُّويَانِيّ بيع القز والدود في جوفه جزافًا، ولا يجوز وزنًا للجهل بقدر الفريض عليه هذا لفظه هو المذهب المنصوص، وليس فيه إلا تفقه القاضي الحسين.

فرع: بيع الشاة المذبوحة قبل السلخ باطل سواء بيع الجلد مع اللحم أو أحدهما، يجوز بيع المسموط في جلده نيًّا ومشويًّا، وفي الني احتمال للإمام.

واعلم أن قضية كلام المصنف وغيره أن بيعها بعد السلخ جائز، وصرَّح بعضهم، وهو ظاهر للني إن بيعت بعد تنقية الجوف؛ فهو أصح أو قبله، فإن كان جزافًا صح أو وزنًا فلا، بخلاف السمان والجراد لقذارة ما في جوفه.

والظاهر أنه لا يجوز بيع الطير المذبوح قبل نتف ريشه؛ لأن المقصود منه مستتر بالريش، فهو كجلد الشاة، وأولى بالمنع، وإن بيع بعد نتفه، فحكمه ما ذكرناه في الشاة بعد السلخ، ولم أرَ في ذلك نقلًا، وقد يحتمل أن يفرق بين الكبير الجثة والصغير حتى يلحق الصغير بالسمك في بيعه وزنًا قبل التنقية.

فرع: لو قال: بعتك هذا بخمسة وعشرين درهمًا، فهل يصح؟ فيه وجهان بُنيا على ما لو قال لزيد عليَّ خمسة وعشرون درهمًا وفيه وجهان.

قال ابن خيران والإصطخري: لا يكون تفسيرًا إلا كما يليه من الجملتين، فعلى هذا لا يصح البيع.

وقال الأكثرون: يكون تفسيرًا للجملتين، فعلى هذا يصح البيع، ذكره الشَّاشِي في كتاب «الإقرار» وقد يقال: ينبغي أن يفرق بين المعرف وغيره، ولو قال: بعتك هذا بمائة وخمسة وعشرين درهمًا، هل يصح إن قلنا بقول ابن

....

والتدليس وبه قطع صاحب «الشامل» وغيره، انتهى، وقال في «الْبُوَيْطِي»: لا يجوز بيع الجزاف حتى تكون الأرض التي عليه مستوية؛ لأنها إذا لم تكن مستوية دخل فيها الغرر، انتهى.

وقال في «الكافي»: لو خرج في أسفل الصبرة دله أو كان في أسفل الدن غلظ خارج عن العادة فله الخيار، ولو كان في موضع الصبرة حفرة، فما في الحفرة لا يدخل في البيع، انتهى.

وصورة الحفرة غريبة محتملة، ولعل موضع ذلك إذا جهلاها، وأما إن علما بها فلا.

فرع: قال في زيادة «الروضة»: ويجوز بيع القز، وفيه الدود، سواء كان حيًّا أو ميتًا، وسواء باعه وزنًا أو جزافًا، صرح به القاضي الحسين في فتاويه.

وقال في «شرح المهذب»: قاله: القاضي الحسين في فتاويه وآخرون؛ لأن بقاءه من مصالحه كالنجاسة في جوف الحيوان، قال: وسواء باعه وزنًا أو جزافًا، وسواء كان الدود حيًّا أو ميتًا، فبيعه جائز بلا خلاف.

قلت: وفيما ذكره - رَحِمَهُ اللهُ - نظر من أوجه:

أحدها: أنه مخالف لما ذكره في السمن والمأخذ واحد أو متقارب.

والثاني: نقله عن القاضي حسين وغيره، بقي الخلاف وهو وغيره إنما نفوه في بيعه جزافًا. ثم قال القاضي: وإن باعه وزنًا، وفيه الدود حي جاز؛ لأنه حيوان طاهر منتفع به باتخاذ البرر منه، وإن كان ميتًا فالظاهر أنه يجوز؛ لأنه في وجه طاهر، فإن كمال الانتفاع إنما يكون الدود فيه وكونه غير مثقوب لنحصِّل منه الإبريسم، انتهى.

وفي توجيهه فيما إذا كان حيًّا نظر؛ لأنه مغيب بالقز لا يرى، ولا يمكن وصفه، ولا يصح بيعه، وقد جعله مبيعًا، فإن قيل: المقصود القز، وهو تابع، قلنا: حالة الغرر، وهو الجهل بالمقصود في تبعه جزافًا غنية عن ارتكاب الغرر، وأيضًا فقد سبق فيما إذا اختلفت قيمة الطرفة والمطروف ثلاثة أوجه.

....

فلا، وهذا هو الأصح صححه الجمهور، وقطع به معظم العراقيين، وابتياعه المسك بفأرته كل مثقال بدينار في السمن بطرفة ذكر هذا كله الْبَغَوِي وغيره، وفيما أطلقه من بيع المسك بفأرته نظر لا يخفى مما سبق ويأتي.

وقال في «شرح المهذب»: ذكرنا أنه إذا اشترى السمن ونحوه، مع طرفة جزافًا صح البيع هكذا أطلقه الجمهور.

وقال القاضي الحسين والمتولي: هذا إذا كان قد شاهد الطرف فارغًا، وعرفا قدر تخانته، معلومة بالعادة، وإن كان الطرف مما يختلف تخانته ويتفاوت، لم يصح البيع، لأنه لو باع السمن لوحده والحالة هذه لم يصح للجهل بقدره، فإذا باعهما فأولى بالبطلان.

قال القاضي الحسين: ولو كان الطرف بستوفة ورأى أعلاها فإن كانت جوانبها مستترة لم يصح البيع، وإن كانت مكشوفة، ولكن أسفلها مستتر.

قال الأصحاب: لا يصح، وعندي: تصح، لأنه يستدل بالجوانب على الأسفل لأن الغالب استواؤهما، فإن خرج أغلظ من الجوانب ففيه الخيار كالصبرة تخرج تحتها دلة انتهى.

وبهذا جزم في «الكافي» وما ذكره القاضي والمتولي متعين وسنذكر عن النص ما سيمهد لهما وسيأتي عن الروضة أنه أصح، وإطلاق الجمهور محمول على غيره وبه نعرف أن ما أطلقه من الصحة في «الروضة» ليس على إطلاقه.

فرع: قال في متن «الروضة»: لو كانت الصبرة على موضع من الأرض فيه ارتفاع وانخفاض، أو باع السمك ونحوه في طرف مختلف الأجزاء رقة وغلظًا، فأصح الطرق أنه على قول بيع الغائب، وثانيها: أنه يصح قطعًا، وثالثها: باطل قطعًا، وهو ضعيف، فإن صححنا فوقت الخيار معرفة مقدار الصبرة، أو التمكن من تخمينه برؤية ما تحتها، فإن أبطلنا وباع الصبرة والمشتري يظنها على استواء فبان تحتها دله، لم يتبين بطلان البيع، بل للمشتري الخيار على الأصح كالعيب، انتهى.

....

وقال ابن سُرَيْج: يجوز بيعه مع الفأرة مطلقًا كالجوز، ولو رأى المسك خارج الفأرة ثم اشتراه بعد الرد إليها، فإن كان رأسها مفتوحًا فرآه جاز، وإلا فعلى قول بيع الغائب، انتهى.

وجرى على ذلك من شرح الكتاب، وهو مستقيم إلا قوله: «ولو رأى المسك خارج الفأرة»؛ ففيه خلل ظاهر، وعبارة الرَّافِعِي: ولو رأى المسك خارج الفأرة بعد الرد إليها صحَّ، ولو رأى الفأرة دون المسك، ثم اشتراه بعد الرد إليها؛ فإن كان رأسها مفتوحًا فرأى أعلاه يجوز، وإلا فعلى قولي بيع الغائب، وهو الصواب نقلًا ومعنًى، ونقل كلام «الروضة» على سقمه إلى «شرح المهذب» عن الأصحاب، ثم قال: وهذا محمول على أنه مضى عليه زمن يتعين فيه غالبًا، وإلا فيصح قولًا واحدًا؛ لأنه قد رآه، انتهى.

فرع: قال بعد هذا في زيادة «الروضة»: قال أصحابنا: لو باع المسك المختلط بغيره لم يصح؛ لأن المقصود مجهول كما لا يصح بيع اللبن المخلوط بالماء، زاد في شرح «المهذب». والمراد إذا خالط المسك غيره لا على وجه التركيب، فإن كان معجونًا بغيره كالغالية والند جاز بيعه، ولم يجز السلم فيه، انتهى.

وقد قدمنا هذا الفرع عنه، وفيما زاده نظر، وقال غيره: بيع المسك المختلط بغيره لا يصح مطلقًا، وهو قضية إطلاق كثيرين.

وحكى القاضي حسين وجهين في أن الرؤية هل تكفي في المعجون بأخلاط كثيرة لا يعرف قدرها، وهو خلاف في الصحة، والظاهر المنع للجهالة بالمقصود، والأعظم منه.

فرع: قال في زيادة «الروضة»: لو باع سمنًا في طرفة، ورأى أعلاه مع طرفه أو دونه صح فإن قال: بعتكه بطرفه كل رطل بدرهم، قال: فإن لم يكن للطرف قيمة بطل، وإن كان فقد قيل: يصح، وإن اختلفت قيمتها، وقيل: باطل؛ لأن المقصود السمن، وهو مجهول، وقيل: إن علما وزن الطرف والسمن جاز، وإلا

....

خيران فلا أو بقول الجمهور؟ فقياس ما ذكره القاضي أبو الطيب في كتاب «الإيمان» الصحة، وفيه نظر.

نعم إن كانا عالمين باللسان، وإن واو العطف تحذف مع بقاء حكم العطف، فيحتمل أن يصح، ويحتمل أن يقال: إن تصادق على زيادة، قال: صح، وإلا فلا كالكتاب وبالله التوفيق، وأسأله الإعانة.

باب الربا

ربا مقصورة، وهو من ربا يربو، يكتب بالألف، وأيضًا جاز كتبه بالألف والواو والياء، والرماء بالميم، والرُّبة بالضم والتخفيف معه فيه، وأصله الزيادة، وأرمى الرجل وأربى عامل بالربا، والمختار في ذلك شرعًا ما ذكره الرُّويَانِيّ: إنه اسم لمقابلة عوض بعوض، مخصوص غير معلوم التماثل، في معيار الشرع حال العقد، أو مع تأخير في البدلين، أو أحدهما، وهو من أكبر الكبائر، واستحلاله من العالم بتحريمه ردة.

ويقال: إنه لم يحل في شريعة، والأصل في تحريمه الكتاب، والسنة، وإجماع الأمة، وقد لعن رسول الله ﷺ **«آكله وموكله وكاتبه وشاهده»**(١).

قال: **«إذا بيع الطعام بالطعام»**، إن كان جنسًا اشترط الحلول والمماثلة والتقايض قبل التفرق، الأصل في الباب حديث عبادة بن الصامت رضي الله عنه قال: **«سمعت رسول الله ﷺ ينهى عن بيع الذهب بالذهب، والفضة بالفضة، والبر بالبر، والشعير بالشعير، والتمر بالتمر، والملح بالملح إلا سواء يدًا بيد، عينًا بعين، فمن زاد أو أزاد فقد أربا»**(٢).

وفيه عند النسائي: **«إلا مثلًا بمثل يدًا بيد، وأمرنا أن نبيع الذهب بالورق والورق بالذهب والبر بالشعير والشعير بالبر يدًا بيد كيف شئنا»**(٣).

---

(١) أخرجه البخاري (١٩٨٠) ومسلم (١٥٩٨).
(٢) أخرجه البخاري (٢٠٦٦) ومسلم (١٥٨٧).
(٣) أخرجه النسائي (٧/ ٢٧٤).

....

وفي رواية مسلم (١٥٨٣): «**فإذا اختلفت هذه الأصناف؛ فبيعوا كيف شئتم إذا كان يدًا بيد**»، وأخرجاه من حديث أبي سعيد قريبًا من حديث عبادة -رضي الله عنهما-.

وفيه عند مسلم: «**فمن زاد أو استزاد فقد أربى الآخذ والمعطي فيه سواء**»[(١)]. ولمسلم من حديث معمر بن عبد الله رضي الله عنه قال: «**سمعت رسول الله ﷺ يقول: الطعام بالطعام مثلًا بمثل**»[(٢)]. وورد النهي عن التفاضل من حديث عشرين صحابيًا يرفعونه، ومنهم الخلفاء الراشدون رضي الله عنهم وكان فيه خلاف قديم عن ابن عباس - رضي الله عنهما - وغيره وانقرض، وهو خلاف لا يعتد به لمخالفته السنن الصحيحة الصريحة الكثيرة، واشتراط الحلول مجمع عليه فلو شرطا أجلًا ولو لحظة تنقضي في المجلس فسد، واشتراط التقابض في الطعام خالف فيه أبو حنيفة لنا الأحاديث الصحيحة الصريحة.

تنبيهات وفروع: منها: قوله: «إن كان» أي: الطعام المبيع والثمن جميعًا، والضمير في «كان» مفرد فيعاد على ما ثمنها، وأصلحت بعض النسخ «كان»، وإنما قدم الطعام على النقد؛ لأن الكلام فيه أكثر.

ومنها: الحكم في التفرق كما في خيار المجلس، ولا فرق بين العامد والناسي، نص عليه في «الأم» ولا بين العالم والجاهل قاله الماوردي، ولا بين المختار والمكره قاله الصيمري.

وقال: يستشكل بأن الصحيح عدم انقطاع الخيار بالتفرق كرهًا، فإن صح الحكمان فلعله لضيق باب الربا؛ ولأن الغرض شرط فلم يختلف بالنسبة إلى المكره وغيره؛ ولأن باب الربا الأغلب عليه التعبد؛ ولأن المبطل هنا عدم التقابض قبل التفرق لا التفرق نفسه، كما صرحوا به وتفويت التقابض منسوب إليهما إذا أمكنهما قبل الإكراه.

ثم رأيت الشيخ أبا علي ذكر في كتاب «الوكالة» من «شرح التلخيص» أنه لو أكره على أن يفارق صاحبه قبل القبض، فإذا اختلى وجاء وقبض وجب أن

---

(١) أخرجه مسلم (١٥٨٤). (٢) أخرجه مسلم (١٥٩٢).

قال المصنف: [وَلِلْمَبِيعِ شُرُوطٌ: طَهَارَةُ عَيْنِهِ فَلَا يَصِحُّ بَيْعُ الْكَلْبِ وَالْخَمْرِ وَالْمُتَنَجِّسِ الَّذِي لَا يُمْكِنُ تَطْهِيرُهُ كَالْخَلِّ وَاللَّبَنِ، وَكَذَا الدُّهْنُ فِي الْأَصَحِّ.

يصح؛ لأنه لا حكم للإكراه الباطل في الشريعة، انتهى.

كبيع العنب من الخمارة وأولى بالمنع، ويحتمل أن يقال: بالمبيع [كذلك] يحرم بيع السلاح من الذمي في دارنا؛ لأنه تحت حكمنا.

وقيل: على [حال] من الحربي [أو نعت له] أو يغلب الظن على ذلك تقريبه. وقوله: «ولا الحربي سلاحًا» يفهم جوازه من غيره مطلقًا، وإن لم يكن بدارنا، وليس بجيد، وأما بيع السلاح من القطاع والبغاة ونحوها، فإن لم يتحقق ذلك منه كره، وإن غلب على الظن أنه لا يعطى له حرام على الأصح.

والثاني: كره كراهة شديدة، ونقله الرُّويَانِيّ عن الأكثرين.

قالوا: والبيع صحيح، والوجه الجزم بالتحريم وبعدم الصحة إذا كان البيع في حالة مسابقة البغاة، وقطاع الطريق للمسافرين، ولم يتعرضوا لإزالة ملكهم عنه إذا غلب على الظن عصيانهم به، وهو يحتمل، وربما يذكر ما يؤيده هنا.

قال الشارح: فقيل: **(وَلِلْمَبِيعِ شُرُوطٌ)**: المراد بالعوض ثمنًا.

(طَهَارَةُ عَيْنِهِ) والذي ينحدر من شروطه أن يكون طاهرًا ممسكًا به مملوكًا، والقدرة على التسليم والعلم به، وكون الملك حالة العقد فهذه شروط في العاقد، ويجوز حذف شرط الطهارة؛ لأنه ليس أوجه في دعاوي «الحاوي».

ثالثها: الفرق بين ما أصله مملوكًا كالخمر، ومالًا كالكلب.

وقال الْمُتَوَلِّي: عين المذهب فيما يجوز بيعه كل عين طاهرة يحل الانتفاع بها لم يتعلق بها حق جزية أو قربة لازمة.

وقولنا: حق جزية احتراز والمكاتب أي: كتابة صحيحة، وقولنا: قربة لازمة احتراز عن الوقف، ومن نذر المالك عتقه، وقد يرد عليه جلد أضحية المتطوع؛ فإنه لا يجوز بيعه فكان ينبغي الاحتراز منه لجهالة عينه.

(فَلَا يَصِحُّ بَيْعُ الْكَلْبِ وَالْخَمْرِ وَالْمُتَنَجِّسِ الَّذِي لَا يُمْكِنُ تَطْهِيرُهُ كَالْخَلِّ وَاللَّبَنِ، وَكَذَا الدُّهْنُ فِي الْأَصَحِّ).

الثَّانِي: النَّفْعُ فَلَا يَصِحُّ بَيْعُ الْحَشَرَاتِ، وَكُلِّ سَبُعٍ لَا يَنْفَعُ، وَلَا حَبَّتَيْ الْحِنْطَةِ وَنَحْوِهَا، ....

(الثَّانِي: النَّفْعُ فَلَا يَصِحُّ بَيْعُ الْحَشَرَاتِ، وَكُلِّ سَبُعٍ لَا يَنْفَعُ، وَلَا حَبَّتَيْ الْحِنْطَةِ وَنَحْوِهَا) لما في «الصحيحين» عنه ﷺ **«أنه يحرم بيع الكلب»**(١).

ونبَّه بالكلب على الخنزير، وهو إجماع ولا يصح بيع المتوالد منه أو من أحدهما أو حيوان آخر، ولا فرق عندنا بين الكلب المنتفع به وغيره لما سبق.

ولحديث: «**إن ثمن بما يطلب أبى ثمنه فاملأ أنفه ترابًا**»(٢) أي: رده خائبًا من الثمن. وما يروى من النهي عن ثمن الكلب إلا كلب صيد بمثله، فهذا الاستثناء غير ثابت في البيع باتفاق المحدثين إنما يثبت فيه إن اقتناه، وفي وجه أن الخمرة المحترمة طاهرة، ويجوز بيعها.

وقيل: يجوز بيعها مع النجاسة، ذكره ابن الرِّفْعَة، وقيل: إن القمولي نقله في بيع الكلب، ولا أحسب أنه ثبت.

فرع: قال الرُّويَانِيّ: الزباد لبن حيوانات تكون في البحر، ولأصحابنا في جواز بيعه وجهان بناء على نجاسة غير المأكول.

قال الشيخ: الصواب طهارته، وصحة بيعه؛ لأن الصحيح حِلُّ حيوان البحر وحِلُّ لبنه، انتهى.

فرع: يجوز اقتناء الكلب للصيد والزرع، وفي معناه النخل والكرم وسائر الشجر وللماشية وفي معناها الإبل والخيل والبغال والحمير وماشية أهل البوادي، وسكان الخيام وأهل الحصون والبيوت المنفردة، وكذا الدروب على الأصح المنصوص، قاله: المصنف وغيره.

ونصَّ الشَّافِعِي في سير الواقدي من «الأم» تصريحًا بأنه: لا يجوز اقتناؤه إلا لماشية أو صيد أو زرع، كما اقتضاه الحديث فحصل قولان منصوصان.

وأشار بعضهم إلى تخصيص الخلاف بين ما ليس لها، والتي لها أبواب

---

(١) أخرجه البخاري (٢١٢٢) ومسلم (١٥٦٧).

(٢) لم أجده.

وَآلَةِ اللَّهْوِ، وَقِيلَ: يَصِحُّ فِي الْآلَةِ إنْ عُدَّ رُضَاضُهَا مَالًا.

وحراس، يعني: ويجوز في غيرها قطعًا، وعندنا يجوز، ويجوز للحراسة في السفر على الأصح، ويعتبر في اقتنائه لهذه الأمور جاز على الأصح هناك، ينبغي أن ينبني على إيجاده إن جوزناه صحَّ البيع، وإلا فكما لو باع مغنية بأكثر من ثمن مثلها بلا غناء.

قال: (**وَآلَةِ اللَّهْوِ، وَقِيلَ: يَصِحُّ فِي الْآلَةِ إنْ عُدَّ رُضَاضُهَا مَالًا**) وقال غيره: ينبغي أن تكون الصحة مفرعة على جواز الاتحاد، فإن منعناه فكبيع آلة اللهو، وهذا أحسن.

فرع: بيع المغنية بقيمتها ساذجة صحيح، وكذا ما زيد على الأصح، وقيل: لا. وقال أبو زيدان: إن قيد بالغناء بطل، وإلا فلا كذا في النسخ المعتمدة من الرَّافِعِي وفي بعضها و«الروضة» و«النهاية» إن قصد بالصاد.

قال ابن الرِّفْعَة: ومحل الخلاف في الغناء المحرم، وهو ما كان بالزمر والملاهي المحرمة، وأما بغير الآلة فمباح للمتعة فلا منع منه، انتهى.

وقال غيره من تلامذته: الذي يقتضيه الفقه والنظر الصحيح أن الغناء المحرم لا يضمن بالأرش، ولا يقابل بالثمن قطعًا، وإن شرط في البيع لم يصح قطعًا، وإن لم يشترطه صح، ومحل الخلاف في البيع وفي الأرش في الغناء ففي وجه لا يصح، ولا يضمن بالأرش؛ لأنه ليس بغرض صحيح في نظر الشرع؛ لأنه كما قال الشَّافِعِي: لهو ولعب وسخف، وليس من أخلاق أهل الدين، وفي وجه يصح لإباحته، ورغبة أكثر الناس فيه وهو الأصح في البيع، ويتجه ترجيحه في رد الأرش أيضًا.

فإن قلتَ: تعليلهم المنع بالتحريم، ثم تبين أن محل الخلاف في المحرم.

قلتُ: لعل من منع البيع أطلق كلامه في الغناء، وأراد الحرام دلَّ عليه بتعليله ومن صحح البيع وأوجب الأرش أطلق، ولم يعلل وأراد المباح فلم يتوارد على محل الخلاف، وجاء من بعدهما فرأى الوجهين في الغناء فنقلهما وجعلهما مسألة واحدة فحصل الخلل.

وَيَصِحُّ بَيْعُ الْمَاءِ عَلَى الشَّطِّ، وَالتُّرَابِ بِالصَّحْرَاءِ فِي الْأَصَحِّ.

وهذا وإن كان محل الرَّافِعِي ومن دونه عنه للرد عند الضرورة [ويجري الخلاف] أنهم قالوا: في الكبش النطَّاح، والديك الهراش[1] إذا أتلفهما متلف لا يضمن إلا قيمة غير ناطح وهارش، ولم يحكوا فيه خلافًا؛ لأنها منفعة محرمة لا يضمن جزمًا ولا يتخيل خلاف ذلك، انتهى.

وما قاله حسن صحيح، أما لفظ قصد فالحكم كما مر.

وما قيل: تاليًا فالمتجه مع الشرط البطلان سواء بيعت بقيمتها أو أقل أو أكثر، لا أن يقصد بذلك بيان العيب فيصح هذا في الغناء المحرم وإن بيعت بقيمتها بلا غناء؛ لأنه جعله مقصودًا بالشرط.

قال: (**وَيَصِحُّ بَيْعُ الْمَاءِ عَلَى الشَّطِّ، وَالتُّرَابِ بِالصَّحْرَاءِ فِي الْأَصَحِّ**) أي: فيهما لوجود المنفعة، وكثرة ذلك لا يخرجه عن كونه مالًا، ووجه المنع أن بذل المال فيه سفه. ويجري الوجهان في كل ما يوجد مباحًا بلا مؤنة في تحصيله، ومحلهما إذا لم يكن في المبيع وصف زائد مقصود، فإن كان صحَّ البيع قطعًا، والتفريع عن صحة بيع الماء وأنه يملك كما هو المذهب.

فروع: يصح بيع لبن الآدميات كلبن الشاة، وقيل: لا، بناءً على نجاسته، وقيل: يصح بيع لبن الأمة دون الحرة، ولا يصح بيع كتب الكفرة والسحر والتنجيم والبعيدة والفاسقة وغيرها من العلوم الباطلة المحرمة، ولا بيع التوراة والإنجيل.

قال في «الوافي»: إلا أن ينتفع بورقه وجلده يجوز بيع المشاع، ولو باع حرًّا شائعًا بمثله من ذلك الشيء، أو باع النصف منه بالثلث مثلًا صحَّ على الأصح فيهما، السم من النبات إن كان يقتل كثيره وينفع قليله كالسقمونيا والأفيون جاز بيعه.

وقال القاضي أبو الطيب وغيره: يجوز بيع قليله دون كثيره.

وردَّه ابن الصباغ: بأن ما جاز بيع قليله جاز بيع كثيره للمنفعة، وبما قاله:

---

(١) الهِرَاشُ والمُهَارَشَة بالكلاب والديكة: تحريش بعضها على بعض. «الصحاح» (هرش).

الثَّالِثُ: إِمْكَانُ تَسْلِيمِهِ، فَلَا يَصِحُّ بَيْعُ الضَّالِّ وَالْآبِقِ ....

القاضي جزم الصيمري في «شرح الكفاية»، ثم قال: وإن كان يقتل إذا أكل مع غيره فلا بأس ببيعه، انتهى.

وإن قتل قليله وكثيره قال الجمهور: لا يجوز بيعه ومال الإمام ووالده إلى الجواز ليدس في طعام الكافر، والله أعلم.

(**الثَّالِثُ: إِمْكَانُ تَسْلِيمِهِ**) أي: حسًّا ومعنىً، وهذا المقصود منه، واعترض ابن الرِّفْعَة بأن التسليم فعل البائع، وسيأتي في بيع المغصوب أن قدرة البائع ليست بشرط فالصواب التعبير بالتسليم بضم اللام وعبارة «المحرر» و«الشرحين» و«الروضة» وغيرها القدرة على التسليم وهذا وصف يختص بالعاقد لا بالمبيع؛ فهي أحسن من عبارة الكتاب (**فَلَا يَصِحُّ بَيْعُ الضَّالِّ وَالْآبِقِ**) للعجز عن التسليم حسًّا.

قال الرَّافِعِي في «شرحه الصغير»: ولا فرق بين أن يعرف موضعه أو لا يعرف. وقال في «الشرح الكبير» بعد نقله إطلاق المنع: وأحسن بعض الأصحاب، فقال: إذا عرف مكانه وعرف أنه يصل إليه وإذا أراد ذلك فليس له حكم الآبق.

قال المصنف بعد نقله هذا في «شرح المهذب»: والمذهب ما سبق يعني: المنع مطلقًا، والأقرب أن الرَّافِعِي قصد بذلك تقييد إطلاقهم؛ ولهذا قال: وأحسن ولو كان وجهًا ضعيفًا لم يصفه بذلك، ويجوز حمل كلام «الشرح الصغير» على مجرد معرفة موضعه لا غير، ورأيت ابن الصباغ قال في كلامه على المسألة الشرحية مع الأصحاب مستدلًا: ألا ترى أنه لو علم مكان الآبق وقدر عليه صح البيع، وهذا منه مشيرًا إلى محل وفاق منهم.

ألا ترى أن بيع الآبق ممن يسهل عليه رده صحيح على الأصح كبيع المغصوب ممن يمكنه انتزاعه وإذا كان كذلك فالمالك إذا أمكنه رده وعلم مكانه لم يندرج في الصحة خلاف واجب حمل كلام «الشرح الصغير» على إذا لم يمكنه الوصول إليه.

وَالْمَغْصُوبِ، فَإِنْ بَاعَهُ لِقَادِرٍ عَلَى انْتِزَاعِهِ صَحَّ عَلَى الصَّحِيحِ.

قال الدارمي: لو قال: الآبق عندي فيعينه صح بيعه منه جزمًا، وكذلك الضال ومنقطع الخبر كالآبق، وقال في الأساليب في الغصب: واختلف أئمتنا في بيع الآبق في مسألتين:

الأولى: إذا أبق عبده فقال له قائل: أعتقه عني بألف فأجابه.

والثانية: إذا اشترى العبد الآبق ففي صحة البيع وجهان، ويلتحق منه بيع فرد ونحوها، والأقرب الصحة لحصول الغرض.

قال: (**وَالْمَغْصُوبِ**) أي: إذا لم يقدر البائع ولا المشتري على انتزاعه، ويستثنى بيعه من الغاصب والبيع الضمني كأعتق عبدك عني بكذا.

(**فَإِنْ بَاعَهُ لِقَادِرٍ عَلَى انْتِزَاعِهِ**) أي: والمالك عاجز.

(**صَحَّ عَلَى الصَّحِيحِ**) أي: المنصوص كما قاله الْقَفَّالُ في «الفتاوى»؛ لأن المقصود وصوله إليه وحينئذٍ فالشرط القدرة على التسليم أو التسلم فلو كانت قدرة المشتري تحتاج إلى مؤنة.

قال ابن الرِّفْعَة: ينبغي إبطال العقد وإن قدر البائع وحده على انتزاعه صح قطعًا كالوديعة والعارية.

قال ابن الرِّفْعَة: وينبغي أنه إذا كان عليه فيه كلفة يأتي فيه ما يبيع السمك في الماء، وما ذكره في غاية الحسن ولو جهل المشتري يخير حتى إطلاقه ولو علم، فإن لم يعجز فلا خيار، وإن عجز لسبب طرأ، فله الخيار.

قال الرَّافِعِي: وفيه وجه أشار إليه الإمام.

قلت: والذي قاله الإمام هنا أنه إن جهل يخبر، وإن لم يدخل وقت وجوب التسليم على التفصيل المذكور في قول البداء، وإذا علم فلا خيار له ما لم يدخل وقت وجوب التسليم، فإذا توجه على البائع التسليم فعجز ولم يتمكن من تحصيله بنفسه ثبت للمشتري الخيار على الأصح، وهذه المسألة في عجز البائع ومسألة الرَّافِعِي في عجز المشتري وإثبات الخلاف مع عجز المشتري لا وجه له، نعم لو ادعاه، وقال البائع: أنت قادر؛ حلف المشتري وله الفسخ

وَلَا يَصِحُّ بَيْعُ نِصْفٍ مُعَيَّنٍ مِنَ الْإِنَاءِ وَالسَّيْفِ وَنَحْوِهِمَا، ....

قاله الماوردي، وهو مفرع على أنه لا خيار له مع قدرته على الانتزاع وهو أضعف الوجهين عند الإمام، فاعلمه.

وفي «فتاوى الْقَفَّال»: أنه لو قال المشتري عند الحاكم: كنت أظن أن أقدر على قبضه، والآن لا أقدر عليه حلف المشتري وفسخ البيع، ولم يتبين أن العقد لم ينعقد، انتهى.

فروع: لو باع سفينة في لجة ولا يقدر على تسليمها حال البيع سواء كان فيها أم لا والجمل الشارد والفرس العائر والمال الضال والعبد الآبق يسهل رده، ولا يصح بيع السمك في الماء ولا الطائر في الهواء، وإن كانا مملوكين له مرئيين فإن كان السمك في بركة لا منفذ لها والطير ببرج معلق لا يمكنه الخروج وأمكن أخذه بلا تعب لصغر البركة أو البرج صح، وإن لم يمكن إلا بتعب لم يصح ولو باع الحمام طائرة اعتمادًا على عودها، فالأصح عند الإمام الصحة، وعند الجمهور المنع، ولو باع ثلجًا أو وزنًا وكانت بحيث أن تباع إلى أن توزن لم يصح في الأصح؛ لإمكان بيعه جزافًا.

قال: (**وَلَا يَصِحُّ بَيْعُ نِصْفٍ مُعَيَّنٍ مِنْ الْإِنَاءِ وَالسَّيْفِ وَنَحْوِهِمَا**) أي: وكل ما تنقص قيمته كنصل السهم والثوب النفيس؛ لأنه يمنع تسليمه شرعًا للنهي عن إضاعة المال، وهذا البيع يفضي إليه والمنع في الثوب نص عليه الشَّافِعِي والجمهور. وقال صاحب «التقريب» والقاضي أبو الطيب، والماوردي: يصح، وقصره ابن الصباغ، وهو المختار دليلًا وعليه العمل في الأمصار والأعصار والحاجة ماسة إليه، وفيه أغراض صحيحة فلا إضاعة؛ بل هو نوع من الاسترجاع.

وقولهم: إن الطريق أن يواطئه على شرائه ثم يقطعه ثم يبيعه منه لا يخفى ما فيه من الغرر؛ لأنه قد يتداوله، فلا يشتريه بعد قطعه والمواطأة لا تلزمه سببًا.

ولا أعلم خلافًا في صحة بيع فرد من خف ونعل ومداس ولا في بيع ذراع معين من الأرض، وأما الإناء والسيف جزمه فيهما بالمنع، فإنما ذكره من منع بيع ذراع من ثوب معين.

وَيَصِحُّ فِي الثَّوْبِ الَّذِي لَا يَنْقُصُ بِقَطْعِهِ فِي الْأَصَحِّ.

قال الرَّافِعِي: والقياس طرد الوجهين.

قلت: والذي يقتضيه القياس الظاهر أن ما يذهب ماليته أو معظمها بكسره أو قطعه كالزجاج والخزف النفيس، وأقداح الخشب النفيسة بالجرح والصنعة والسيف المجوهر الخطير القيمة وما اتحد من جوهر نفيس الجزم بالمنع حيث لم يظهر في ذلك غرض صحيح معتبر، وأما الأواني الخسيسة من الحديد والنحاس والرصاص ونحوها القليل القيمة كذلك أو لسوء حديده وصنعته فالظاهر فيها الصحة كالكرباس الخسيس وكغير المصنوع منها بخلاف السيف الثمين والأواني النفيسة.

قال: (**وَيَصِحُّ فِي الثَّوْبِ الَّذِي لَا يَنْقُصُ بِقَطْعِهِ فِي الْأَصَحِّ**) لعدم المحذور، والثاني: لأنه لا يخلو عن تغيير عين المبيع ونسب إلى ظاهر النص، والجمهور حملوه على ما ينقص بالقطع.

تنبيهات وفروع: قوله: يصف معين مثال والمراد قدر معين وشرط بيع الذراع من الثوب والأرض وغيرهما أن يعين ابتداؤه وانتهاؤه، فإن عين ابتداؤه وجهته ولم يعين انتهاؤه كفى، وإن ابتدأ من الوسط فلم يعين جهة لم يصح قطعًا، وإن أطلق الذراع أو قال مشاعًا، فسيأتي بيانه- إن شاء الله تعالى- ولو باع جزءًا معينًا من شاة حية لم يصح وفي مزكاة يصح قاله: الْبَغَوِي، ولو باع حفر ثلاثة أذرع لأخذ ترابها لم يصح. قال ابن الصلاح قال: لأنه لا يمكن أخذ تراب الثلاثة أذرع إلا بحفر أكثر منها، انتهى.

وفيه نظر!

ولو باع جذعًا في بناء لم يصح؛ لأن الهدم منقض، وكذا بيع فص من خاتم وفي هذا الإطلاق نظر، فمن البناء والخواتم ما لا ينقصه ذلك، ويمكن أخذه منه بلا هدم ولا كسر للخاتم، وما ينقض لو كان المالك عازمًا على فصله لا محالة فما المانع من بيعه إذا كان قد رآه المشتري قبل تلك الرؤية المعتبرة.

وقد ذكرت في قسمة في «الغنية» أشياء يتعين مراجعتها، بيع الصوف

وَلَا الْمَرْهُونِ بِغَيْرِ إِذْنِ مُرْتَهِنِهِ. وَلَا الْجَانِي الْمُتَعَلِّقِ بِرَقَبَتِهِ مَالٌ فِي الْأَظْهَرِ،

ونحوه على ظهر الحيوان إن أطلق أو شرط الجز من أصله باطل، وكذا إن أطلق شرط الجز في الأصح.

قلت: ويظهر من حيث المعنى أنه لو كان المشتري له مالك الشاة، فإن أوصى لزيد بصوف غنمه، ثم مات فقبله زيد ثم باعه من الوارث وأطلق صح- والله أعلم- ولو عيَّن موضع الجز ولا ضرر فيه صح وفيه احتمال للغزالي ويصح البيع بعد زكاة الحيوان إذ لا إيلام في اشتغاله.

وقال القاضي الحسين: لأنه **(وَلَا الْمَرْهُونِ)** أي: بعد إقباضه.

(بِغَيْرِ إِذْنِ مُرْتَهِنِهِ) سواء عاد إلى يد الراهن أم لا؛ لما فيه من تفويت حق المرتهن، وللإمام احتمال في إلحاقه ببيع المفلس، حتى يقع موقوفًا على قول انفكاكه، وإن أبطلنا بيع الفضولي وبيعه من المرتهن صحيح لك إذا وجب الرهن أو لا ففيه تردد للشيخ أبي محمد.

وقال الْبَغَوِي في «الفتاوى»: لو عرض الراهن الرهن للبيع فوكَّل المرتهن من يشتريه له يعني: ولم يشعر الراهن فباعه منه صح.

قال: ويمكن بناء على ما لو باع مال أبيه ظانًّا حياته فبان ميتًا.

واعلم أن توقف البيع على إذن المرتهن ليس على إطلاقه، كما سنوضحه في بابه -إن شاء الله تعالى- وتعجل أنه لو جنى المرهون والأرش يسير بيع منه بقدره في بابه -والله أعلم- فإن يقدر بيع بعضه أو يقتصر بالتبعيض بيع كله وما فضل يكون رهنًا.

فرع: في حكم المرهون كل عين استحق حبسها لحق الحابس كالقضاء ونحوه.

قال الشيخ أبو حامد: كل حق تعلق بعين ماله باختياره منع البيع قطعًا، أو بغير اختياره ففيه قولان.

قال: **(وَلَا الْجَانِي الْمُتَعَلِّقِ بِرَقَبَتِهِ مَالٌ فِي الْأَظْهَرِ)** كالمرهون وأولى؛ لأن الجناية مقدمة على الرهن، ومنهم من قطع بهذا.

الْخَامِسُ: الْعِلْمُ بِهِ، فَبَيْعُ أَحَدِ الثَّوْبَيْنِ بَاطِلٌ، ....

أبي مات، وأجرى ابن الصباغ القولين في الإبراء، والبندنيجي في العتق والطلاق، والصحيح المشهور الجزم بنفوذ العتق والطلاق ولو باع مال أبيه على ظن أنه لنفسه فبان له إذنًا صح قولًا . وقال الإمام: وهذا مع حسنه محتمل.

قلت: وفي «فتاوى الْقَفَّال» أنه لو وكله ببيع ثوب فباعه ظانًّا أنه ثوب نفسه، ثم بان صح البيع ويحتمل وجهين يعبر بقولي وقف العقود عن ثلاث مسائل:

إحداها: بيع الفضولي وقد ذكرناه.

والثانية: بيع مال مورثه على ظنٍّ حياته وهو وقف [فبان ميتًا، صح البيع] والعقد لا خيار فيه.

والثالثة: تصرفات الغاصب كما سيأتي قريبًا.

ومقتضى كلام الغزالي والرافعي أنها كالأولى.

وقال ابن الرِّفْعَة: إنها كالثانية في عدم الخيار، وتبين الملك من قبل وفيما قاله نظر، الخامس: العلم أي: عينًا وقدرًا وصفةً لنهيه ﷺ **«عن بيع الغرر»**[1].

ولا يشترط العلم من كل وجه والموتر كونه غير معلوم العين أو القدر أو الصفة، وقد يستثنى صور للضرورة، والمسامحة منها اختلاط حمام البرجين، وما يستعمل في الحمام إذا قلنا: المدفوع ثمنًا، ذكره بعض أصحابنا، ومثله الشرب من السقاء مشرب الفقاع، وما المقصود به.

قال: (**الْخَامِسُ: الْعِلْمُ بِهِ، فَبَيْعُ أَحَدِ الثَّوْبَيْنِ بَاطِلٌ**) للغرر؛ ولأن العقد لم يجد موردًا يتأثر به في الحال كالدارين والعبدين أو الثوبين، وكأنه يريد الإشارة إلى مذهب أبي حنيفة، فإنه اختلف النقل عنه في أن حكم العبدين هل يجري في غير العبيد، وعن القديم قول غريب في العبدين والثلاثة وغيرهما من الأجناس على أن يختار المشتري ما شاء منهما إلى ثلاثة أيام، فما دونها أنه يصح ولو باع عبده في عبيد رآهم المشتري ولا يعرف عنه بطل.

---

(١) أخرجه مسلم (١٥١٣).

وَيَصِحُّ بَيْعُ صَاعٍ مِنْ صُبْرَةٍ تُعْلَمُ صِيعَانُهَا، ....

وقيل: كبيع الغائب ولو فرق صنفان صبرة متماثلة وباع صاعًا منها خلافًا للقاضي أبي الطيب.

فرع: قال في «الكافي»: لو قال بعتك ألف رطل عنب من هذا الكرم أو عشرة إصبع من رطب هذا النخل لم يصح؛ لأن المبيع غير معلوم لا بالعين ولا بالجزية.

فرع: لا يصح بيع المسك، قال في «اللطيف»: لا يجوز شراء السفرجل والرمان والبيض والجوز ونحوه عددًا إلا بعد الإفراز، إما أن تقول: بكم درهم هذا فلا يجوز، وكلام «البسيط» في «كتاب السلم» يفهم الجواز في الجوز واللوز؛ بل مصرح به، والظاهر المثبت من «النهاية».

فرع: لا يصح بيع المسك المختلط بغيره كما لا يصح بيع اللبن والخل ونحوهما المخلوط بالماء هكذا قالوه.

قال في «شرح المهذب»: يرد إذا خالط المسك غيره لا على وجه التركيب فإن كان معجونًا بغيره [كالغالية][1] والنّد جاز بيعه دون السلم فيه.

قال: واتفق أصحابنا على أنه يجوز بيع تراب المعدن قبل تصفيته وكذا تراب السلفة سواء باعه بذهب أم بفضة أم بغيرها.

قال: **(وَيَصِحُّ بَيْعُ صَاعٍ مِنْ صُبْرَةٍ تُعْلَمُ صِيعَانُهَا)** لعدم الغرر وتترك على الإشاعة على المذهب فإذاً تلف بعضها تلف من المبيع بقدره، وقيل: على الإبهام فيتبقى المبيع ما بقي صاع، ولو باع ذراعًا من ثوب أو أرض معلومة الذراعان لهما.

قال الإمام: يصح على الأول دون الثاني والمشهور القطع بالصحة فيهما على الإشاعة حذرًا من إفساد العقد، ولو قال البائع: أردت ذراعًا معينًا فيفسد.

وقال المشتري: أردت ذراعًا فيصح، فمن نصدِّق؟ احتمالان للإمام.

---

(١) انظر: أسنى المطالب (٧/ ٤٦٧).

وَكَذَا إنْ جُهِلَتْ فِي الْأَصَحِّ.

قال المصنف: أرجحهما البائع؛ لأنه أعرف بنيته[١].

قال: (وَكَذَا إنْ جُهِلَتْ فِي الْأَصَحِّ) أي: المنصوص لتساوي أجزائها فيغتفر حالة البيع هنا، فعلى هذا يتعين عدم الإيهام لامتناع الإشاعة [ويكره] التعيين من أعلاها أو أسفلها، والثاني: اختاره الْقَفَّالُ المنع كذراع من أرض مجهولة الذراعات، وبيع الصبرة المجهولة إلا صاعًا أو صاع منها إذا فرقت.

وأجيب عن الأول: بأن الأرض تتفاوت، وعن الثاني: بأن المبيع في مسألتنا معلوم، وفي الصبرة إلا صاعًا مجهولًا؛ لأن مع تقدير الإخراج لا تبقى الثقة المنسوبة إلى المشاهدة واليمين.

وقال بعضهم: في صاع من صبرة إذا تلفت إلا صاعًا أنزل عليه، فيقل الغرر، وفي الصبرة إلا صاعًا لو تلفت إلا صاعًا أبطل العقد فكثر الغرر، وعن الثالث: أن الصيعان المتفرقة لو كيلت ثانيًا ربما تتفاوت.

فرع: لو باع صاعًا من المجهولة ونصف باقيها لم يصح وفيه احتمال، ولو باع نصفها وصاعًا من النصف الآخر صح خلافًا للقاضي الحسين، ولو قال: بعتك من باطن هذه الصبرة، فكبيع الغائب، قاله الإمام، وشبهه بالأنموذج إذا لم يدخله في البيع.

فرع: باع أرضًا محفوفة بملكه إن قال بحقوقها دخل الممر، وله المرور من كل جانب كما كان للبائع، وإن نفاه بطل البيع.

وقيل: يصح، وقيل: إن أمكن تحصيل ممر صح، وإن أطلق فالأصح الصحة، ويدخل الممر إن كان شرط الممر من جانب ولم يعينه بطل البيع، ويكون أيضًا الممر إبهام المبيع، وإن عينه صح، وإن كانت ملاصقة لشارع أو لملك المشتري فلا ممر له؛ بل يدخل من ملكه أو الشارع، وإن باع دارًا واستثنى لنفسه بيتًا فله المرور، وإن نفاه وأمكن اتخاذه صح وإلا فوجهان.

قال في «شرح المهذب»: أصحهما بطلان البيع، وبه قطع بعضهم كبيع

---

(١) انظر: «نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج» (١٢/ ٢٦٢).

قال المصنف: [وَلَوْ بَاعَ بِمِلْءِ ذَا الْبَيْتِ حِنْطَةً، أَو بِزِنَةِ هَذِهِ الْحَصَاةِ ذَهَبًا، أَو بِمَا بَاعَ بِهِ فُلَانٌ فَرَسَهُ، أَو بِأَلْفٍ دَرَاهِمَ وَدَنَانِير لَمْ يَصِحَّ.

وَلَوْ بَاعَ بِنَقْدٍ، وَفِي الْبَلَدِ نَقْدٌ غَالِبٌ تَعَيَّنَ، أَو نَقْدَانِ لَمْ يَغْلِبْ أَحَدُهُمَا اُشْتُرِطَ التَّعْيِينُ. يَصِحُّ بَيْعُ الصُّبْرَةِ الْمَجْهُولَةِ الصِّيعَانِ كُلَّ صَاعٍ بِدِرْهَمٍ، وَلَوْ بَاعَهَا بِمِائَةِ دِرْهَمٍ كُلَّ صَاعٍ بِدِرْهَمٍ صَحَّ إِنْ خَرَجَتْ مِائَةً، وَإِلَّا فَلَا عَلَى الصَّحِيحِ، وَمَتَى كَانَ الْعِوَضُ مُعَيَّنًا كَفَتْ مُعَايَنَتُهُ.

وَالْأَظْهَرُ أَنَّهُ لَا يَصِحُّ بَيْعُ الْغَائِبِ.

وَالثَّانِي يَصِحُّ، وَيَثْبُتُ الْخِيَارُ عِنْدَ الرُّؤْيَةِ، وَتَكْفِي الرُّؤْيَةُ قَبْلَ الْعَقْدِ فِيمَا لَا يَتَغَيَّرُ غَالِبًا إِلَى وَقْتِ الْعَقْدِ، دُونَ مَا يَتَغَيَّرُ غَالِبًا.

وَتَكْفِي رُؤْيَةُ بَعْضِ الْمَبِيعِ إِنْ دَلَّ عَلَى بَاقِيهِ كَظَاهِرِ الصُّبْرَةِ، وَأُنْمُوذَجِ الْمُتَمَاثِلِ، أَو كَانَ صِوَانًا لِلْبَاقِي خِلْقَةً كَقِشْرِ الرُّمَّانِ وَالْبَيْضِ، وَالْقِشْرَةِ السُّفْلَى لِلْجَوْزِ وَاللَّوْزِ.

وَتُعْتَبَرُ رُؤْيَةُ كُلِّ شَيْءٍ عَلَى مَا يَلِيقُ بِهِ.

وَالْأَصَحُّ أَنَّ وَصْفَهُ بِصِفَةِ السَّلَمِ لَا يَكْفِي، وَيَصِحُّ سَلَمُ الْأَعْمَى وَقِيلَ: إِنْ عَمِيَ قَبْلَ تَمْيِيزِهِ فَلَا.

إِذَا بِيعَ الطَّعَامُ بِالطَّعَامِ إِنْ كَانَا جِنْسًا اُشْتُرِطَ الْحُلُولُ وَالْمُمَاثَلَةُ وَالتَّقَابُضُ قَبْلَ التَّفَرُّقِ، أَو جِنْسَيْنِ كَحِنْطَةٍ وَشَعِيرٍ جَازَ التَّفَاضُلُ، وَاشْتُرِطَ الْحُلُولُ وَالتَّقَابُضُ، وَالطَّعَامُ مَا قُصِدَ لِلطُّعْمِ اقْتِيَاتًا أَو تَفَكُّهًا أَو تَدَاوِيًا وَأَدِقَّةُ الْأُصُولِ الْمُخْتَلِفَةِ الْجِنْسِ، وَخُلُولُهَا وَأَدْهَانُهَا أَجْنَاسٌ.

وَاللُّحُومُ وَالْأَلْبَانُ كَذَلِكَ فِي الْأَظْهَرِ.

وَالْمُمَاثَلَةُ تُعْتَبَرُ فِي الْمَكِيلِ كَيْلًا، وَالْمَوْزُونِ وَزْنًا، وَالْمُعْتَبَرُ غَالِبُ عَادَةِ أَهْلِ الْحِجَازِ فِي عَهْدِ رَسُولِ الله ﷺ وَمَا جُهِلَ يُرَاعَى فِيهِ عَادَةُ بَلَدِ الْبَيْعِ.

وَقِيلَ: الْكَيْلُ، وَقِيلَ: الْوَزْنُ، وَقِيلَ: يَتَخَيَّرُ، وَقِيلَ: إِنْ كَانَ لَهُ أَصْلٌ اُعْتُبِرَ.

ذراع من ثوب تنقص قيمته بقطعه.

وَالنَّقْدُ بِالنَّقْدِ كَطَعَامٍ بِطَعَامٍ.

وَلَوْ بَاعَ جِزَافًا تَخْمِينًا لَمْ يَصِحَّ، وَإِنْ خَرَجَا سَوَاءٌ، وَتُعْتَبَرُ الْمُمَاثَلَةُ وَقْتَ الْجَفَافِ، وَقَدْ يُعْتَبَرُ الْكَمَالُ أَوَّلًا فَلَا يُبَاعُ رُطَبٌ بِرُطَبٍ وَلَا بِتَمْرٍ، وَلَا عِنَبٌ بِعِنَبٍ وَلَا بِزَبِيبٍ، وَمَا لَا جَفَافَ لَهُ كَالْقِثَّاءِ وَالْعِنَبِ الَّذِي لَا يَتَزَبَّبُ لَا يُبَاعُ أَصْلًا، وَفِي قَوْلٍ تَكْفِي مُمَاثَلَتُهُ رَطْبًا.

وَلَا تَكْفِي مُمَاثَلَةُ الدَّقِيقِ وَالسَّوِيقِ وَالْخُبْزِ، بَلْ تُعْتَبَرُ الْمُمَاثَلَةُ فِي الْحُبُوبِ حَبًّا، وَفِي حُبُوبِ الدُّهْنِ كَالسِّمْسِمِ حَبًّا أَو دُهْنًا، وَفِي الْعِنَبِ زَبِيبًا أَو خَلَّ عِنَبٍ، وَكَذَا الْعَصِيرُ فِي الْأَصَحِّ.

وَفِي اللَّبَنِ لَبَنًا أَو سَمْنًا أَو مَخِيضًا صَافِيًا][1].

قال الشارح: تقدم الكلام في العلم بعين المبيع، وأما العلم بقدره فالعوض إن كان في الذمة، فلا بد من معرفته ثمنًا كان أو مثمنًا كالمسلم فيه ونحوه، فلذلك بطل البيع في هذه المسائل الأربع لجهالة المقدار، وملأ ذا البيت مضبوط في «الروضة» والشرح بالنصب بغير حرف الجر على أنه مبيع، وما بعده ثمن.

وفي «المحرر» و«المنهاج»: «بِمِلْءِ ذا» على أن المسائل الأربع في الثمن والحكم صحيح؛ ولكن الأول أحسن؛ لأن الكلام في اقتسام المبيع لم يفرغ، وإنما يذكر الثمن معه بيعًا وصورة مسألتي البيت والحصاة فيما إذا جهل ملؤه وزنتها، فإن علما صح وفي مسألة الحصاة شيء يأتي، ومسألة الفرس صور لها أن يجهلا أو أحدهما قدر الثمن، فلو علمنا وقصد البيع بمقداره صح.

وقيل: يصح مع الجهل به؛ لأنه يمكن استكشافه.

وقيل: إن حصل العلم به قبل التفرق صح، وإن أطلقا في حالة العلم بمقداره. قال العراقيون والبغوي: لا يصح.

وقال الإمام، والروياني وغيرهما: يصح.

---

(١) متن غير مشروح في الأصل.

قال المصنف: [وَلَا تَكْفِي الْمُمَاثَلَةُ فِي سَائِرِ أَحْوَالِهِ كَالْجُبْنِ وَالْأَقِطِ.

وقال ابن الرِّفْعَة: وهو الأشبه، وأصل الخلاف إذا قال: أوصيت له بنصيب ابني.

قلت: ويخطر بالبال أنه لو كان ما باع به؛ فلأن فرسه قد صار للمشتري بإرث أو غيره وهو باقٍ أن الإطلاق ينزل عليه لا على مثله إذا قصده البائع.

فرع: لو باع ملء هذه القصعة مثلًا من هذه الصبرة صح في الأصح، وقياسه أن يصح إذا قال: وزن هذه الحصاة من هذه الصبرة، أو ملأ هذا البيت من هذا البيدر فقد يفرق في هذه بكثرة الغرر لكثرة المقدار في فتاوى الْبَغَوِي، أنه لو قال: بعتك بكذا مثقال من الفضة أو الذهب، ولم يتبين أنه مضروب أو سبيكة لم يصح البيع، وهذا يوجب التوقف فيما سبق في صورة الحصاة، فإنهم عللوا البطلان كلبن بماء، لكن نص في «الأم» لأنه لا يكون مخيضًا إلا بإخراج زبده، وزبده لا تخرج إلا بالماء وقضيته المنع هنا ولأجله أطلق جماعة منهم المنع ومنهم الصيمري والماوردي وعلله بنحوها، قاله الشَّافِعِي، ثم قال: فإن خرج زبده منه بغير ماء جاز بيعه بمثله، انتهى.

وذكرت في «الغنية» أنه لو كان فيه ماء يسير لا يؤثر في الكيل اغتفر، ولا يجوز بيع المخيض بزبده بمثله ولا بزبد ولا بسمن؛ لأنه يصير من قاعدة «مد عجوة» وليس ذلك لعدم كماله كما توهمه كلام «المحرر» و«المنهاج» ويجوز بيع المخيض المنزوع الزبد بالسمن متفاضلًا وفاقًا، وبالزبد خلافًا لأبي إسحاق.

قال الشارح: وقال: **(وَلَا تَكْفِي الْمُمَاثَلَةُ فِي سَائِرِ)** أي: باقٍ.

(أَحْوَالِهِ كَالْجُبْنِ وَالْأَقِطِ) أي: والمصل وعليه المنع فيها أما امتناع الكيل، وإما بأثر النار، وبه علل الرَّافِعِي، وكما يمتنع بيع بعض هذه الأشياء مثلها كذلك يمتنع بالآجر وباللبن وبالزبد وبالسمن والمخيض قاله المحاملي وفصل الماوردي في الجبن.

فقال: إن كان رطبًا أو نديًّا لم يجز وكذا إن كان يابسًا على أصح القولين، وعلله ابن سُرَيْج بأن أصله مكيال وهو متعذر وعلله غيره بما فيه من الأنفحة

وَلَا تَكْفِي مُمَاثَلَةُ مَا أَثَّرَتْ فِيهِ النَّارُ بِالطَّبْخِ أَو الْقَلْيِ أَو الشَّيِّ، وَلَا يَضُرُّ تَأْثِيرُ تَمْيِيزٍ كَالْعَسَلِ وَالسَّمْنِ، ....

المانعة من التماثل فلو دق ناعمًا بحيث ما عمي بحيث كال على قول ابن سُرَيْج دون الآخر.

قال ابن الرِّفْعَة: وبيع جبن البقر بجبن الغنم نسبة أن يكون فيه مثل الخلاف في بيع خبز القمح بخبز الشعير إذا قلنا الأدقة أجناس.

قال: (**لَا تَكْفِي مُمَاثَلَةُ مَا أَثَّرَتْ فِيهِ النَّارُ بِالطَّبْخِ أَو الْقَلْيِ أَو الشَّيِّ**)؛ لأنه ليس لنا تأثير النار عليه فيؤدي إلى الجهل بالمماثلة.

واعلم أن ما أثرت فيه النار إن كان مدخرًا لم يجز قطعًا كالحب يقلى، واللحم يشوى أو يطبخ ونحوهما، وإن كان مما يدخر كالسكر والفانيد والفند والدبس فكذلك على الأصح، والثاني: الجواز، والثالث: حكوه في الدبس إن طبخ في قدر واحد جاز وإلا فلا إذ علة المنع معقولة ورجح جماعة في السكر الجواز. وقالوا: إن تأثير النار فيه ليس غاية؛ ولكنها لتمييز أجر القصب وانعقاده بطبعه لا بالنار.

وقال الْبَنْدَنِيجِي: إن ظاهر المذهب فيه الجواز.

وذكر الرُّويَانِيّ: أنه اختيار أكثر أصحابنا بـ«العراق»، ووافق المصنف في «الروضة» على الصحيح منع بيع بعضه ببعض وصحح في تصحيح التلبية صحة السلم فيما جعلته نار لطيفة.

قال: كالسكر والفند والفانيد والدبس[١] واللبأ، واعتذر عنه بأن الربا أضيق، لكن قيل: من وافقه على الفرق بين البابين في هذا الحكم وقوله وغيره أن ناره لطيفة خلاف المشاهد وهو كلام من لا عهد له بعمل السكر، وربما أذكر في السلم في هذا كلامًا شافيًا إن شاء الله تعالى.

قال: (**وَلَا يَضُرُّ تَأْثِيرُ تَمْيِيزٍ كَالْعَسَلِ وَالسَّمْنِ**) أما السمن فقطعًا، وأما العسل فعلى الأصح؛ لأن ناره ليتميز عن الشمع وهي لطيفة غالبًا، فلو فرض أنها عقدته

---

(١) الدِّبْسُ بِالْكَسْرِ وَبِكسْرَتَيْنِ: عَسَلُ التَّمْرِ وَعَسَلُ النَّحلِ.

وَإِذَا جَمَعَتْ الصَّفْقَةُ رِبَوِيًّا مِنْ الْجَانِبَيْنِ.

وَاخْتَلَفَ الْجِنْسُ مِنْهُمَا كَمُدِّ عَجْوَةٍ وَدِرْهَم بِمُدٍّ وَدِرْهَم وَكَمُدٍّ وَدِرْهَمٍ بِمُدَّيْنِ أَو دِرْهَمَيْنِ. أَوْ النَّوْعُ كَصِحَاحٍ وَمُكَسَّرَةٍ بِهِمَا أَو بِأَحَدِهِمَا فَبَاطِلَةٌ].

امتنع بيع بعضه ببعض والمراد عسل النحل، وما يطلق عليه اسم عسل من عصير القصب مجازًا كما اقتضاه لفظ الشَّافِعِي، ويجوز بيعه بعسل النحل متفاضلًا، ولا يجوز بيع العسل بشمعه بمثله ولا بالصافي لقاعدة: «مد عجوة» والمصفى بالشمس يجوز قطعًا، وللإمام احتمال مرجوح عنده في سمن الحجاز.

وفي «الذخائر» عن بعض الأصحاب أن المصفى بالبلاد المعتدلة بالشمس لا يجوز بيعه بما صفى بها بالبلاد الحارة، قال: وليس بشيء.

فروع: قال الإمام: يجوز بيع الماء المغلي بمثله ولا ربا في الشمع، ولا يجوز بيع قصب السكر بمثله ولا بالسكر ولا بعسله.

قال: (**وَإِذَا جَمَعَتْ الصَّفْقَةُ رِبَوِيًّا مِنْ الْجَانِبَيْنِ وَاخْتَلَفَ الْجِنْسُ مِنْهُمَا كَمُدِّ عَجْوَةٍ وَدِرْهَم بِمُدٍّ وَدِرْهَم وَكَمُدٍّ وَدِرْهَمٍ بِمُدَّيْنِ أَو دِرْهَمَيْنِ أَو النَّوْعُ كَصِحَاحٍ وَمُكَسَّرَةٍ بِهِمَا أَو بِأَحَدِهِمَا فَبَاطِلَةٌ**).

الأصل ما رواه مسلم عن فضالة بن عبيد أنه قال: «**أُتي النبي ﷺ وهو بخيبر بقلادة فيها خرز وذهب، فباع بالذهب، فأمر بالذهب، فنزع وحده ثم قال: الذهب بالذهب وزنًا بوزن**». وفي رواية: «**لا يباع حتى يفصل**».

ولأبي داود: «**ربما أردت الحجارة؛ فقال: لا حتى تميز بينهما**»[1].

والمعنى في ذلك أن العقد إذا اشتمل أحد طرفيه على مالين مختلفين وزع ما في الطرف الآخر عليهما باعتبار القيمة كمن باع شقصًا وسيفًا، فيقع في التفاضل أو الجهل بالتماثل.

تنبيهات: احترز بقوله: «جمعت الصفقة عما إذا تعددت بتفضل الثمن» بأن جعل المد في مقابلة المد فالدرهم في مقابلة الدرهم، وما أشبه ذلك فإنه

---

(١) أخرجه مسلم (١٥٩٠) وأبو عوانة في «مستخرجه على مسلم» (٣/ ٣٨٥) وأبو داود (٣/ ٢٤٩).

....

يصح باتفاق لا من المحدود، وقوله: «ربويًا» أي: واحدًا، فلو باع قمحًا وشعيرًا بتمر وزبيب جاز، وإن جمعت الجنس الربوي من الجانبين، واعتبر في المحرر أن يتخلف الجنس منهما أو من أحدهما، ولا بدَّ منه؛ لأنه لو باع مدًّا ودرهمًا بمدين لم يختلف الجنس إلا من أحد الجانبين، فالعبارة المحررة أن يجمع الصفقة جنسًا ربويًا من الجانبين، ويختلف العوضان أو أحدهما جنسًا أو نوعًا أو صفةً، وإن شئت قلت: أن يبيع ربويًا بجنسه، ومع أحدهما غيره، سواء كانت المعايرة في الجنس أم النوع أم الصفة، وسواء كان المضموم ربويًا أم غيره، ولا فرق بين كون قيمة المد مثل الدرهم أو لا على مقتضى كلام الجمهور، وادعى الإمام اتفاق الأصحاب عليه، ولا فرق بين أن يكون المدان من نوع واحد، والدرهمان من ضرب واحد أو لا.

وقال القاضي أبو الطيب: أو علما قبل العقدان قيمة المد مثل الدرهم، وتبايعا على ذلك جاز، وتبعه صاحب «التنبيه» والجرجاني، والشاشي، والروياني، والفارقي، وابن أبي عصرون، وكلهم فرض المسألة فيما إذا باع مدًّا ودرهمًا بمدين وشبهه.

وعبارة الرُّويَانِيّ في تجربته: لو باع مد عجوة قيمته درهم مع درهم بمدي عجوة قيمة كل واحد منهما درهم حقيقة، فإن اجتنيا من شجرة واحدة فالمذهب أنه يجوز؛ لأنه وحدة التماثل حقيقة وغلط من قال غيره، انتهى.

وقال القاضي الحسين: فيما إذا باع مدًّا ودرهمًا بمدٍّ ودرهم، واتحد نوعي المدين وضرب الدرهمين وجهين. وكذلك قال الْمُتَوَلِّي، ونقل عن القاضي الحسين: أنه كان بخيار الصحة؛ لكن كلامه في كتاب «الأسرار» يقتضي الفساد.

والظاهر أن ما ذكره أبو الطيب والقاضي الحسين شيء واحد، وأن مأخذهما واحد، وحجة الجمهور أن القيمة أمر تخميني، فصار بأن الربا عنه، وظاهر كلام الشَّافِعِي رضي الله عنه اشتراط اختلاف القيمة في النوعين، والتعرض له في الجنسين، وهكذا ابن الصباغ، وليكن هذا وجهًا ثالثًا، وأطلق أئمة

....

المذهب البطلان في الجميع، إلا الْمُتَوَلِّي قال: لا يصح في المدِّ الذي مع الدرهم، وما يقابله من المدين، وفي الدرهم قولًا تفريق الصفقة، وهكذا لو باع مدًّا ودرهمًا بدرهمين أو دينارًا ودرهمًا بدينارين أو بدرهمين بطل في القدر الذي يقابل الجنس، وفي الباقي القولان، ووافقه الرُّويَانِيّ.

وقال الرَّافِعِي: ممكن أن يكون كلام من أطلق على ما فصلا.

قال بعض الشيوخ: وفيه نظر؛ لأن التقسيط لو اعتبر في المسألة لصح فيما إذا اتفقت القيمة، وللرافعي مع الجمهور على المنع والعدد عن التحريف على تفريق الصفقة، إما أن التقويم لا مدخل له في الربا، وإما أن التفريق إنما يكون لفوات شرط، وهنا الفساد والهيئة الإجماعية كالعقد على خمس نسوة على أن صاحب «الذخائر» أغرب فقال: في صحته على أربعة قولًا بالتفريق، وليس بشيء.

فرع: ألحق الشَّافِعِي اختلاف النوع والصفة باختلاف الجنس فيما سبق، وفي «الْبُوَيْطِي».

وقيل: يجوز خمسين قطاع وخمسين صحاح بمائة صحاح، وكذا ذكره في «الإملاء» وحكوه وجهًا عن صاحب «التقريب»، وطردوه في الصحاح والمكسرة والجيد والرديء والصحاحي والبرني مثلًا، والمشهور البطلان في ذلك كله، واشترط في «الشامل» في البطلان أن تنقص قيمة المكسر عن الصحيح، وهو على قول من اعتبر القيمة عند اختلاف الجنس ظاهرًا ما على رأي الجمهور أن يقال: لا تعتبر القيمة هنا أيضًا لكنه بعيد.

فرع: لو ميز بين صغار الثمن وكباره مثلًا ثم باع صاعًا من الصغار وصاعًا من الكبار بصاع من الصغار وصاع من الكبار، فكما لو باع درهمًا ودينارًا بدرهم ودينار وهما من ضرب واحد، فأما إذا لم يميز وأراد بيع صاعين بصاعين، وكل منهما مشتمل على صغار وكبار واختلف أصحابنا.

فقيل: إذا كانت الصغار ظاهرة من الكبار بحيث يظهر للناظر من غير تأمل لم يصح وإلا فيصح.

....

وقيل: إن كان بين النوعين تفاوت لم يصح والوجهان ضعيفان والصواب الصحة مطلقًا؛ لأن المختلط لا يوزع أهل العرف الثمن عليه؛ بل يقومه تقويمًا واحدًا بخلاف التمييز.

فرع: لو باع دارًا بدار، وفي كل منهما بئر ماء طاهرة، وقلنا: الماء مملوك ربوي، فالأصح عند الرَّافِعِي والمصنف الصحة؛ لأن البئر تابعة لمقصود الدار بخلاف المعدن، وهذا إنما يتجه إذا قلنا: إن ماء البئر يدخل في بيع الدار تبعًا، وهو وجه غريب، والمشهور أنه كالثمرة المؤبرة لا تدخل إلا بشرط، وممن قال ذلك، وهو مشكل على ما قالاه هنا، فإن لم يشترط فسد البيع، وإن اشترط لم يكن تابعًا، وحينئذٍ فالأصح عدم الصحة، كما قاله: القاضي أبو الطيب، وصاحباه أبو إسحاق وابن الصباغ، وهذا كله في الماء العذب، فإن كان ملحًا فلا ربا فيه؛ لأنه غير مشروب.

واعلم أن الوجه الغريب المذكور صححه صاحب «الانتصار» والعُرف يقتضيه، وعليه العمل في الأعصار والأمصار. واعلم أيضًا أن الكلام في البئر النابعة، وأما غيرها فالماء بها كالماء في الآنية.

فرع: إذا بيع الموزون بجنسه، وفيه خليط، وإن قل أطلق الجمهور المنع؛ لأنه يؤثر في الميزان.

وفي «الاستقصاء» عن الصيمري أنه قال: إلا أن يكون الميزان كبيرًا لا تؤثر فيه القراريط والدوانيق فهو كالكيل، وهذا التفصيل حسن غريب ولا أحسب الجمهور يوافقونه، ولا يجوز بيع الفضة المغشوشة بمثلها، ولا بالمخالطة للقاعدة علم الغش أو جهل.

قال الرُّويَانِيّ: إلا أن يكون يسيرًا لا يأخذ حظًّا من الوزن فلا أثر له وبيع الأرز بمثله مقشورًا جاز، وكذا في القشرة السفلى على الصحيح لا في العليا على الأصح.

قال الحصري: لا يجوز بيع تبن الحنطة بتبن الحنطة لما فيهما من الحب.

قال المصنف: [وَيَحْرُمُ بَيْعُ اللَّحْمِ بِالْحَيَوَانِ مِنْ جِنْسِهِ، وَكَذَا بِغَيْرِ جِنْسِهِ مِنْ مَأْكُولٍ وَغَيْرِهِ فِي الأَظْهَرِ].

وقال الْقَفَّالُ في «الفتاوى»: يجوز، وهذا هو الصحيح؛ لأن ذلك ليس بمقصود بالعقد بخلاف النقد المغشوش بمثله؛ فإنه لا يجوز، وهذا هو الصحيح.

قال الشارح: (**وَيَحْرُمُ بَيْعُ اللَّحْمِ بِالْحَيَوَانِ مِنْ جِنْسِهِ، وَكَذَا بِغَيْرِ جِنْسِهِ مِنْ مَأْكُولٍ وَغَيْرِهِ فِي الأَظْهَرِ**) لما قال الشَّافِعِي عن مالك عن سعيد بن المسيب رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ «**نهى عن بيع اللحم بالحيوان**»[(١)].

قال الحاكم: وهذا المرسل شاهد لحديث الحسن عن مرة أن رسول الله ﷺ «**نهى عن بيع الشاة باللحم**»[(٢)].

قال: وهذا حديث صحيح الإسناد وإنه عن آخرهم أئمة حُفَّاظ ثقات.

قال: وقد احتج الشَّافِعِي بالحسن عن سمرة، وأسند الدارقطني المرسل عن سهل بن سعد، قال الحفاظ: وإسناده غلط.

وروى البزار بسند ضعيف عن ابن عمر -رضي الله عنهما- أنه عليه السلام «**نهى عن بيع اللحم بالحيوان**»[(٣)].

وعن ابن عباس -رضي الله عنهما- أن جزورًا نحرت على عهد أبي بكر رضي الله عنه، فجاء رجل بعناق فقال: أعطوني بها لحمًا، فقال أبو بكر رضي الله عنه: لا يصلح هذا.

وقد اعتمد الشَّافِعِي رضي الله عنه أن هذا مع مرسل سعيد[(٤)] واعتضد الاحتجاج به؛ لأنه وهو قول أكثر أهل العلم وبالانتشار.

حتى روى مالك في «الموطأ» عن أبي الزناد أنه قال: وكل من أدركت من الناس ينهون عن بيع اللحم بالحيوان.

---

(١) أخرجه الحاكم في «المستدرك» (٢/ ٤١)، والبيهقي في «السنن الكبرى» (٥/ ٢٩٥)، والدارقطني في «السنن» (٣/ ٧٠).

(٢) أخرجه الحاكم في «المستدرك» (٢/ ٤١)، والبيهقي (٥/ ٢٩٦).

(٣) أورده الهيثمي في «مجمع الزوائد» (٤/ ١٢٢) وقال: رواه البزار وفيه ثابت بن زهير وهو ضعيف.

(٤) أخرجه أبو داود في «المراسيل» (١٦٦) عن سعيد بن المسيب مرسلاً.

....

قال أبو الزناد: وكان ذلك يكتب في عهود العمال في زمان أبان بن عثمان - رضي الله عنهما - وهشام بن إسماعيل ولحديث سمرة، وهو كافٍ وحده[1].

وقد أشار الشَّافِعِي في «المختصر» إلى وجه الاحتجاج بقوله: ولا يعلم أحد من أصحاب رسول الله ﷺ خالف في ذلك أبا بكر.

قال الشيخ أبو حامد: والظاهر أنه إذا نحرت جزور حضرها إمام الوقت أن يكون هناك ناس كثيرون، وقد قال هذا ولم ينكر عليه أحد.

إشارات وتتمات: أما بيعه بجنسه فقد قيل: إنه حرام باتفاق الشَّافِعِي والأصحاب؛ لأنه ربوي بيع بأصله. وقال: القياس الجواز إلا أن يثبت الحديث.

قيل: وما قاله المزني قول الشَّافِعِي حكاه السرخسي، كما نقله ابن الصلاح في «فوائد رحلته» عن شرط «الوسيط» لابن الوجيه عنه.

وقال ابن الوجيه: إنه القياس وأما إذا بيع بغير جنسه من المأكول، فإن قلنا: اللحمان جنس لم يجز قطعًا، وإن قلنا: أجناس فقولان وجه المنع العموم وأثر الصديق ووجه الجواز كبيع اللحم باللحم وهو ضعيف، وأما بغير المأكول كالعبد والحمار فالقولان منصوصان في أكثر الكتب المنع، وصححه الْقَفَّالُ والبغوي وجزم الصيمري، وصحح الجرجاني وابن أبي عصرون

---

(١) قال الحافظ في «تلخيص الحبير» (٣/ ٣٥٤): «حدِيثُ رُوِيَ أَنَّهُ صَلَّى الله عَلَيْهِ وَسَلَّمَ نَهَى عَن بَيْعِ اللَّحْمِ بِالْحَيَوَانِ».
مَالِكٌ، وَعَنْهُ الشَّافِعِيُّ مِنْ حَدِيثِ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيِّبِ مُرْسَلًا، وَهُوَ عِنْدَ أَبِي دَاوُد فِي الْمَرَاسِيلِ، وَوَصَلَهُ الدَّارَقُطْنِيُّ فِي الْغَرَائِبِ عَن مَالِكٍ، عَن الزُّهْرِيِّ، عَن سَهْلِ بْنِ سَعْدٍ وَحَكَمَ بِضَعْفِهِ، وَصَوَّبَ الرِّوَايَةَ الْمُرْسَلَةَ الَّتِي فِي الْمُوَطَّأِ، وَتَبِعَهُ ابْنُ عَبْدِ الْبَرِّ، وَابْنُ الْجَوْزِيِّ، وَلَهُ شَاهِدٌ مِنْ حَدِيثِ ابْنِ عُمَرَ رَوَاهُ الْبَزَّارُ، وَفِيهِ ثَابِتُ بْنُ زُهَيْرٍ وَهُوَ ضَعِيفٌ.
وَأَخْرَجَهُ مِنْ رِوَايَةِ أَبِي أُمَيَّةَ بْنِ يَعْلَى، عَن نَافِعٍ أَيْضًا، وَأَبُو أُمَيَّةَ ضَعِيفٌ، وَلَهُ شَاهِدٌ أَقْوَى مِنْهُ مِنْ رِوَايَةِ الْحَسَنِ، عَن سَمُرَةَ، وَقَدْ اُخْتُلِفَ فِي صِحَّةِ سَمَاعِهِ مِنْهُ، أَخْرَجَهُ الْحَاكِمُ وَالْبَيْهَقِيُّ وَابْنُ خُزَيْمَةَ قَوْلُهُ: رُوِيَ أَنَّ جَزُورًا نُحِرَتْ عَلَى عَهْدِ أَبِي بَكْرٍ، فَجَاءَ رَجُلٌ بِعَنَاقٍ فَقَالَ: أَعْطُونِي مِنْهَا، فَقَالَ أَبُو بَكْرٍ: لَا يَصْلُحُ هَذَا. الشَّافِعِيُّ فِي الْأُمِّ، عَن إبْرَاهِيمَ بْنِ أَبِي يَحْيَى، عَن صَالِحٍ مَوْلَى التَّوْأَمَةِ، عَن ابْنِ عَبَّاسٍ.

باب في البيوع المنهي عنها

قال المصنف: [باب نَهَى رَسُولُ الله ﷺ عَنْ عَسْبِ الْفَحْلِ، وَهُوَ ضِرَابُهُ، وَيُقَالُ: مَاؤُهُ، وَيُقَالُ: أُجْرَةُ ضِرَابِهِ، فَيَحْرُمُ ثَمَنُ مَائِهِ، ....

الجواز، ومأخذ القولين النظر إلى عموم اللفظ والقياس، فتخصص.

فرع: في معنى اللحم: الشحم والإلية والسنام والطحال والكبد والقلب والكلية والرئة وجلد المأكول المذكى قبل دبغه وكرشه على الصحيح في الجميع.

قال في «الخصال»: ولا يجوز بيع لحم الحيتان بالحيوان، وكذلك الجراد وما قاله في الحوت فهو الصحيح. وأما في الجراد فغريب.

وفي «التهذيب» ما يومئ إليه، ويحتمل تخريجه على ما سبق في اللحم، وبالله التوفيق وأسأله الإعانة.

قال الشارح: باب البيوع المنهي عنها: وهي قسمان، كما ذكره، وبدأ بما يقتضي الفساد منهما.

قال: (**«نَهَى رَسُولُ الله ﷺ عَنْ عَسْبِ الْفَحْلِ»**)[(١)] البخاري هكذا من حديث ابن عمر رضي الله عنهما.

ورواه مسلم من حديث جابر رضي الله عنه بلفظ: «**نهى عن بيع ضراب الجمل**»[(٢)] وهو بفتح العين، وسكون السين المهملتين.

قال: (**وَهُوَ ضِرَابُهُ**) وهو المشهور في كتب الفقه.

(**وَيُقَالُ: مَاؤُهُ**)، واستدل لذلك بقوله: «**رهين ولولا عسبه لرددتموه، وشر منحة فحل معار**» وعلى هذين القولين يكون التقدير بدل عَسْب الفحل.

(**وَيُقَالُ: أُجْرَةُ ضِرَابِهِ**)، وعلى هذا لا تقدير؛ لكن هذا القول مردود من جهة اللغة.

قال: (**فَيَحْرُمُ ثَمَنُ مَائِهِ**) أي: والمبيع باطل؛ لأنه غير متقوم، ولا معلوم، ولا مقدور في التسليم.

---

(١) أخرجه البخاري (٢١٦٤). (٢) أخرجه مسلم (١٥٦٥).

وَكَذَا أُجْرَتُهُ فِي الْأَصَحِّ.

وَعَنْ حَبَلِ الْحَبَلَةِ، وَهُوَ نَتَاجُ النَّتَاجِ بِأَنْ يَبِيعَ نَتَاجَ النَّتَاجِ أَو بِثَمَنٍ إِلَى نَتَاجِ النَّتَاجِ.

قال: **(وَكَذَا أُجْرَتُهُ فِي الْأَصَحِّ)**؛ لأن فعل الضراب إلى اختيار الفحل، والماء يجوز كالاستخيار لتلقيح الفحل.

وأُجيب بأن: الأجير قادر على تسليم نفسه وليس عليه غبن حتى لو شرط عليه ما يلقح به فسدت الإجارة، وهاهنا المقصود الماء والمؤجر عاجز عن تسليمه، وغريب نقل «المحرر» والخلاف قولين.

وحكى الماوردي أن ابن أبي هريرة حكى عن الأصحاب وجهين: أن هذا النهي محمول على التنزيه أو على التحريم أصحهما الثاني، وهذا ينبغي أن يكون عند من يفسره بالإجارة، وأما البيع فممتنع قطعًا، والإنزال من غير بيع ولا إجارة لا منع منه، والإعارة له محبوبة، ويجوز أن يعطي صاحب الفحل سببًا على سبيل الهدية خلافًا لأحمد قال: **(«وَعَنْ حَبَلِ الْحَبَلَةِ»)**[1] متفق عليه من حديث ابن عمر رضي الله عنهما.

قال: **(وَهُوَ نَتَاجُ النَّتَاجِ)** هذا تفسير حبل الحبلة لفظًا، وهكذا أطلقه ابن الأنباري وقال أبو حنيفة وكذا الجنين الذي في البطن وجعله الجوهري لهما.

قال: **(بِأَنْ يَبِيعَ نَتَاجَ النَّتَاجِ)** لأنه يبع معدوم.

(أَوْ بِثَمَنٍ إِلَى نَتَاجِ النَّتَاجِ) لأنه أجل مجهول، وكل واحد من التبعين باطل بالإجماع.

وإنما اختلف في تفسير الحديث فالأول: تفسير أهل اللغة، والثاني: تفسير مالك والشافعي وهو الصحيح؛ لأن ابن عمر -رضي الله عنهما- راوي النهي، قال: وكان بيعًا يتبايعه أهل الجاهلية كان الرجل يبتاع الجزور إلى أن ينتج الناقة ثم ينتج التي في بطنها.

إشارة: حَبَل: مفتوحة الباء وتسكينها غلط، والحبل يختص بالآدميات إلا

---

(١) أخرجه البخاري (٢٠٣٦)، ومسلم (١٥١٤).

وَعَنْ الْمَلَاقِيحِ وَهِيَ مَا فِي الْبُطُونِ.

وَالْمَضَامِينِ وَهِيَ مَا فِي أَصْلَابِ الْفُحُولِ.

وَالْمُلَامَسَةِ بِأَنْ يَلْمَسَ ثَوْبًا مَطْوِيًّا ثُمَّ يَشْتَرِيَهُ عَلَى أَنْ لَا خِيَارَ لَهُ إذَا رَآهُ أَو يَقُولَ إذَا لَمَسْته فَقَدْ بِعْتُكَهُ.

ما جاء في هذا الحديث والنتاج بفتح النون وضبطه المصنف بخطه بكسرها وعليه الاستعمال فلعله لغة ثالثة.

قال: **(وَعَنِ الْمَلَاقِيحِ وَهِيَ مَا فِي الْبُطُونِ)** أي: من الأجنة، **(وَالْمَضَامِينِ وَهِيَ مَا فِي أَصْلَابِ الْفُحُولِ)** أي: من الماء، وصورته أن يقول: بعتك من ينتج من ضراب فحل هذا في عام أو عامين ليأخذ نتاج كل ما قد نتجت منه في تلك المدة، وسميت مضامين؛ لأن الله تعالى ضمنها.

وقال: سعيد بن المسيب، ومالك في «الموطأ»: الملاقيح: ما في أصلاب الفحول، والمضامين: ما في البطون، والمشهور الأول أي: ما كان فهو باطل إجماعًا. وقيل: المضامين ما اجتمع في الأرحام عقب الضراب.

وقال أبو عبيد: الملاقيح: ما في بطون الإبل خاصةً، ولا فرق شرعًا بين الإبل وغيرها، وهذا النهي رواه مالك مرسلًا، وأسنده البزار من حديث أبي هريرة رضي الله عنه إلا صالح ابن أبي الأخضر، ولم يكن بالحافظ، انتهى.

وعضد بالإجماع قال: **(وَالْمُلَامَسَةِ)**. روى البخاري ومسلم أن رسول الله ﷺ **«نهى عن بيعين المنابذة والملامسة»**[(١)].

قال: **(بِأَنْ يَلْمَسَ ثَوْبًا مَطْوِيًّا ثُمَّ يَشْتَرِيَهُ عَلَى أَنْ لَا خِيَارَ لَهُ إذَا رَآهُ أَو يَقُولَ إذَا لَمَسْته فَقَدْ بِعْتُكَهُ)** أي: أو أن تبيعه شيئًا على أنه متى لمسه لزم البيع وسقط الخيار، ووجه البطلان في الثلاثة ظاهر.

والأول: تفسير الشَّافِعِي وجمهور الأصحاب، وللإمام فيه احتمال، وقاله: الْمُتَوَلِّي تفريعًا على صحة نفي خيار الرؤية.

---

(١) أخرجه البخاري (٥٨٤) ومسلم (٣٨٧٩).

وَالْمُنَابَذَةِ بِأَنْ يَجْعَلَا النَّبْذَ بَيْعًا.

وَبَيْعِ الْحَصَاةِ بِأَنْ يَقُولَ لَهُ بِعْتُكَ مِنْ هَذِهِ الأَثْوَابِ مَا تَقَعُ هَذِهِ الْحَصَاةُ عَلَيْهِ أَو يَجْعَلَا الرَّمْيَ بَيْعًا، أَو بِعْتُكَ وَلَك الْخِيَارُ إِلَى رَمْيِهَا. وَعَنْ بَيْعَتَيْنِ فِي بَيْعَةٍ

والثاني: إن جعل شرطًا، فالبطلان ظاهر للتطليق، وأن يجعل نفس اللمس بيعًا، وهو ما ذكره الأصحاب.

وقال الْمُتَوَلِّي: له حكم المعاطاة، وليس كما قال: للتعليق.

قال: **(وَالْمُنَابَذَةِ)** أي: بالذال المعجمة من نبذ الشيء إذا طرحه، والنهي عنها متفق عليه كما سبق.

قال: **(بِأَنْ يَجْعَلَا النَّبْذَ بَيْعًا)** قال الشَّافِعِي: يعني أقاماه مقام الصيغة.

وقيل: أن يقول: بعتك على أني إذا نبذته إليك لزم البيع.

وقيل: المراد نبذ الحصاد وسيأتي، وعلى التأويلات هو باطل أو على التفسير الأول.

قال الأصحاب: يخفى فيه الخلاف في المعاطاة، وجعل بعضهم أن نص الشَّافِعِي على هذا نص على بطلان المعاطاة، وفيه نظر؛ لأن المعاطاة فعل مع قرينة تدل على قصد البيع به حتى كأنه وضع عرفًا لذلك، وهنا ما علم ذلك حقيقة المعاطاة.

قال: **(«وَبَيْع الْحَصَاةِ»)**(١) رواه مسلم.

قال: **(بِأَنْ يَقُولَ لَهُ بِعْتُكَ مِنْ هَذِهِ الْأَثْوَابِ)** أي: مثلًا.

(مَا تَقَعُ هَذِهِ الْحَصَاةُ عَلَيْهِ) وفي معناه: بعتك من هذه الأرض هنا إلى ما تنتهي إليه هذه الحصاة.

(أَوْ يَجْعَلَا الرَّمْيَ بَيْعًا، أَو بِعْتُكَ وَلَك الْخِيَارُ إِلَى رَمْيِهَا) ووجه البطلان في الأول جهالة المبيع، وفي الثاني فقد الصيغة، وفي الثالث الجهل بالخيار.

قال: **(«وَعَنْ بَيْعَتَيْنِ فِي بَيْعَةٍ»)**(٢) قال الترمذي: حسن صحيح.

---

(١) أخرجه مسلم (١٥١٣).

(٢) أخرجه الترمذي (١٢٧٦).

بِأَنْ يَقُولَ بِعْتُكَ بِأَلْفٍ نَقْدًا أَو أَلْفَيْنِ إِلَى سَنَةٍ أَو بِعْتُكَ ذَا الْعَبْدَ بِأَلْفٍ عَلَى أَنْ تَبِيعَنِي دَارَكَ بِكَذَا، وَعَنْ بَيْعٍ وَشَرْطٍ كَبَيْعٍ بِشَرْطِ بَيْعٍ أَو قَرْضٍ.

قال: (**بِأَنْ يَقُولَ بِعْتُكَ بِأَلْفٍ نَقْدًا أَو أَلْفَيْنِ إِلَى سَنَةٍ**) أي: فخذ بأيهما شئت أنت أو أنا.

(**أَوْ بِعْتُكَ ذَا الْعَبْدَ بِأَلْفٍ عَلَى أَنْ تَبِيعَنِي دَارَكَ بِكَذَا**) أو أن تشتري مني داري بكذا وعلى التقادير كلها البيع باطل إجماعًا.

قال: (**وَعَنْ بَيْعٍ وَشَرْطٍ**) هذا النهي بهذا اللفظ رواه الإمام أبو حنيفة -رحمه الله تعالى- عن عمرو بن سعيد عن أبيه عن جده، والذي رواه أبو داود والنسائي من حديث عبد الله بن عمر -رضي الله عنهما-: «**ولا يحل سلف، ولا بيع، ولا شرطان في بيع**»[1] قال الحاكم في «المستدرك»: هو حديث صحيح. والحديث واحد.

وكذا رواية الترمذي: «**ولا شرطان في بيع**»[2] وقال الترمذي: حسن صحيح، والحديث واحد، وكذا رواه الإمام أحمد[3] وكذلك أجاز البيع بشرط واحد.

قال: (**كَبَيْعٍ بِشَرْطِ بَيْعٍ أَو قَرْضٍ**) فيبطل الأول، فإن أتيا بالثاني، وإن كانا يعلمان بطلان الأول صح وإلا فلا.

قال الْبَغَوِي وغيره: يبطل.

وقال الإمام وشيخه والغزالي: يصح.

قال الرَّافِعِي: وهو القياس؛ لأن المواطأة قبل العقد لا أثر لها عندنا.

قال الشيخ في «شرح المهذب»: والأول أصح؛ لأن المواطأة لا يعتقد أن لزوم الوفاء بها خلاف مسألتنا فنظيرها من مسألتنا أن يعلما بفساد الشرط، انتهى.

وما قيل في المواطأة قد يمنع فإنهم لم يفرقوا في عدم اعتبارها بين أن يعتقدا لزومها أو لا وغالب الناس يعتقد بلزوم الوفاء بها.

---

(١) أخرجه الحاكم (١٢٤٦).

(٢) أخرجه الترمذي (١٢٧٩).

(٣) أخرجه في «المسند» (٦٨١٣).

وَلَوْ اشْتَرَى زَرْعًا بِشَرْطِ أَنْ يَحْصُدَهُ الْبَائِعُ أَو ثَوْبًا وَيَخِيطَهُ فَالْأَصَحُّ بُطْلَانُهُ،

وجزم القاضي الحسين هاهنا بالصحة كالإمام، وقال القاضي: إلا أن تعلق انعقاد أحدهما بانعقاد الآخر، ويجعل الإيجاب في أحدهما إيجابًا في الآخر فتقول: بعتك هذا العبد على أن تبيعني دارك، فإن وجب لك عندي وجب لي دارك فيمتنع العقد انتهى، وهذه الزيادة حكاها أبو داود عن الشَّافِعِي في تتمة هذا التأويل.

فرع: قال صاحب «الكافي»: إذا باعه شيئًا قليل القيمة يربح على أن يقرضه غيره، فإن شرطا ذلك في الاقتراض أو البيع لم يصح البيع ولا القرض، وإن لم يشترطا؛ بل يواضعا عليه قبل المعاملة حتى على أن المواضع عليه قبل العقد كالمشروط في العقد، وفيه جوابان، والأصح لا فعلى هذا يصح البيع والقرض، وهل يحل باطنًا؟ ويحتمل وجهين أصحهما يحل لحديث: «**عامل خير**»[1] انتهى.

قال: (**وَلَو اشْتَرَى زَرْعًا بِشَرْطِ أَنْ يَحْصُدَهُ الْبَائِعُ أَو ثَوْبًا وَيَخِيطَهُ**) أي: وما أشبه ذلك.

(**فَالْأَصَحُّ بُطْلَانُهُ**) لأنه ينافي مقتضى العقد فإن ذلك على المشتري الجمع بين بيع وإجارة، ولو عيَّن لكل واحد عوضًا كان الحكم كذلك كاشتريته بعشرة على أن يحصده بدرهم، فقال: بعت وأجرت صح الشراء دون الإجارة؛ لأنه استأجر على العمل فيما لا يملكه، وكذا اشترى متاعًا على أن يحمل إلى بيته والبائع يعرف عنه فإن جهله بطل قطعًا.

وقال الدارمي: إذا باعه زرعًا بشرط أن يحصده له بطل، فإن قال: أبيعك وأحصده لك بكذا، قال ابن الْقَطَّان والطبري: وجهان، وقال الطبري آخرًا: لا يجوز قولًا واحدًا، انتهى.

وقال الشيخ في «شرح المهذب»: وسواء قال: بعتك على أن يحصده أو تحصده.

---

(١) لم أجده.

وَيُسْتَثْنَى صُوَرٌ كَالْبَيْعِ بِشَرْطِ الْخِيَارِ أَو الْبَرَاءَةِ مِن الْعَيْبِ أَو بِشَرْطِ قَطْعِ الثَّمَرِ أَو الْأَجَلِ وَالرَّهْنِ وَالْكَفِيلِ الْمُعَيَّنَاتِ ....

وقال الشيخ أبو حامد: لا يصح في الأولى، وفي الثانية طريقان، انتهى.

ولعل صوابه بعتك على أن أحصده أو وأحصده.

إشارة: كانت قضية اصطلاحه أن يقول: فالمذهب بطلانه، كما قال: في «شرح المهذب»؛ لأن الخلاف طرق.

وكذا قالا في «الروضة» و«الشرح»: فاعلم أن النهي في هذه النواهي الثمانية مقتضي الفساد.

قال: (**وَيُسْتَثْنَى صُوَرٌ**) أي: من النهي عن بيع وشرط واقتضائه الفساد.

قال: (**كَالْبَيْعِ بِشَرْطِ الْخِيَارِ أَو الْبَرَاءَةِ مِنْ الْعَيْبِ أَو بِشَرْطِ قَطْعِ الثَّمَرِ**) كما سيأتي بيانه بشروطه، والغرض هنا الإشارة.

قال: (**أَوِ الْأَجَلِ**) لقوله تعالى: ﴿إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ إِلَىٰٓ أَجَلٍ مُّسَمًّى﴾ [البقرة: ٢٨٢] (**وَالرَّهْنِ وَالْكَفِيلِ**) للحاجة إليهما.

(**الْمُعَيَّنَاتِ**) احترازًا من المجهول فلا بدَّ من علم الأجل، وشرط الرُّويَانِيّ احتمال نقله إلى المدة المضروبة، فلو أجله ألف سنة بطل العقد للعلم بأنه لا يبقى إلى هذه المدة.

قال في «الروضة»: قلت: لا يشترط احتمال بقائه إليه؛ بل ينتقل إلى وارثه لكن التأجيل بألف سنة وغيرها مما يبعد بقاء الدين إليه فاسد، انتهى.

وسيأتي في هذا كلام ذكرناه في «الغنية» في الإجارة أو غيرها، أو المعتبر في الرهن المشاهدة أو الوصف بصفات المسلم فيه ووصيته جعلهما وغيرهما الرهن الغائب كالمبيع الغائب أنه لا يكفي الوصف، وقد صححا ثم إن الوصف بصفة السلم لا يكفي، وقضية الوفاء بالتشبيه ألا يكفي الوصف وقد جزما بالاكتفاء، أو لعله على طريقة من جوز رهن الغائب من الأصحاب، ولم يخرجه على أصح القولين وأنه صادر ممن يقول يكفي وصف المبيع المعين عن المشاهدة، ولا يشترط في الرهن التعرض لمن يكون تحت يده على الأصح،

لِثَمَنٍ فِي الذِّمَّةِ وَالْإِشْهَادِ، وَلَا يُشْتَرَطُ تَعْيِينُ الشُّهُودِ فِي الْأَصَحِّ، فَإِنْ لَمْ يَرْهَنْ أَو لَمْ يَتَكَفَّل الْمُعَيَّنُ فَلِلْبَائِعِ الْخِيَارُ].

والمعتبر في الكفيل المشاهدة أو المعرفة بالاسم والنسب ولا تكفي الصفة، كقوله: رجل موسر بعته.

قال الرَّافِعِي: ولو قال قائل: الاكتفاء بالوصف أولى بالمشاهدة من لا يعرف حالة لم يكن منعدًّا.

وقال القاضي ابن يحيى: لا يشترط تعيين الكفيل، فإذا أطلق أقام من شاء كفيلًا وزيفه المصنف، وكلام الدارمي يشعر بموافقته، قال: وحكى الشَّاشِي عن الشَّافِعِي: أنه لا يجوز حتى يحضر الضمين، انتهى.

قال: **(لِثَمَنٍ فِي الذِّمَّةِ)** لأن الأعيان لا توجد ثمنًا ولا مثمنًا ولا يرهن بها وفي ضمانها تفصيل يأتي بيانه -إن شاء الله تعالى- نعم يجوز إن شرط المشتري كفيلًا بالعقد، فلو ذكر في المبيع أو الثمن المعين آجلًا كاشتريت منك كذا بهذا على أن أسلمه في وقت كذا فهو فاسد؛ لأن الأجل رفق للتحصيل والمعين حاصل. قال: وإن لم يرهن أو لم يتكفل المعين، فللبائع الخيار لفوات شرطه، وكذا إن لم يشهد ولا يجبر العبد على الوفاء بالشرط عندنا لزوال الضرر بالفسخ. قال: **(وَالْإِشْهَادِ)** للحاجة إليه.

(وَلَا يُشْتَرَطُ تَعْيِينُ الشُّهُودِ فِي الْأَصَحِّ) لأن المقصود العدالة وقطع الإمام بعدم اشتراط التعيين ورد الخلاف إلى أنه لو عينهم، هل يتعينون ولو شاهدين فامتنعوا، فإن شرطنا التعيين **(فَإِنْ لَمْ يَرْهَنْ أَو لَمْ يَتَكَفَّل الْمُعَيَّنُ فَلِلْبَائِعِ الْخِيَارُ)** وإلا فلا، ومتى فسد شرط من هذه الشروط المستثناة لفوات أمر مما ذكرناه، فإن كان الأجل أو الخيار فسد البيع وكذلك الرهن والضمير على الأصح، فإن كان الإشهاد فلا ولو هلك الرهن المشروط قبل القبض أو بغير مقتضى القيمة أو وجد المرتهن به عيبًا قديمًا فله الخيار في البيع ولو ادعى الراهن حدوثه بعد القبض صدق بيمينه استدامة للبيع، ولو هلك بعد القبض أو تغيب ثم اطلع على عيب قديم، فلا ولا فسخ في الأصح.

قال المصنف: [وَلَوْ بَاعَ عَبْدًا بِشَرْطِ إعْتَاقِهِ فَالْمَشْهُورُ صِحَّةُ الْبَيْعِ وَالشَّرْطِ،

فرع: لو شرط أن يرهنه المبيع بالثمن بعد القبض ويرده إليه فالبيع باطل، ولو رهنه بالثمن بلا شرط صح إن كان بعد القبض، أو قبله فلا إن كان الثمن حالًا؛ لأن الجنس له وإن كان مؤجلًا فكرهن المبيع قبل قبضه بدين آخر سيأتي بيانه.

قال الشارح: **(وَلَوْ بَاعَ عَبْدًا بِشَرْطِ إعْتَاقِهِ فَالْمَشْهُورُ صِحَّةُ الْبَيْعِ وَالشَّرْطِ)** لقضية بريرة-رَضِيَ اللهُ عَنْهَا- وهي في الصحيحين[1] وفيها اشتراط العتق والولاء، ولم ينكر النبي ﷺ اشتراط الولاء، ولأن استعقاب البيع العتق عهد في شراء القريب، فاحتمل شرطه.

والثاني: عن رواية أبي ثور يصح البيع ويبطل الشرط وربما طرد في سائر الشروط الفاسدة.

والثالث: يخرج يبطل العقد كما لو شرط أن يبيعه أو يهبه، وهذا مصادم للحديث، وإذا صححنا الشرط فدال فيما إذا أطلق أو قال: بشرط أن يعتقه عن نفسك، فإن قال: عني بطل البيع.

وعبارة «الروضة» فهو لاغٍ أي: فالعقد لاغٍ وقد يوهم إلغاء الشرط وصحة البيع، ويشترط ألا يكون المبيع ممن يعتق على المشتري كأصل أو فرع، فإن اشتراه بشرط إعتاقه، فالبيع باطل.

قال القاضي الحسين: بلا خلاف لتعدد الوفاء بالشرط، فإنه يعتق قبل إعتاقه.

قال الشيخ في «شرح المهذب»: وفيه نظر ويحتمل أن يصح البيع ويكون شرط الإعتاق توكيد للمعنى، فإن مقصود الشرط يحصل العتق، وهو حاصل،

---

(١) عن السيدة عائشة قالت: ثم أتتها بريرة تسألها في كتابتها فقالت: «إن شئت أعطيت أهلك ويكون الولاء لي»، وقال أهلها إن شئت أعطيتها ما بقي وقال سفيان مرة: إن شئت أعتقتها ويكون الولاء لنا، فلما جاء رسول الله ﷺ ذكرته ذلك فقال: «ابتاعيها فأعتقيها فإن الولاء لمن أعتق»، ثم قام رسول الله ﷺ على المنبر، وقال سفيان مرة: فصعد رسول الله ﷺ على المنبر فقال: «ما بال أقوام يشترطون شروطًا ليست في كتاب الله، من اشترط شرطًا ليس في كتاب الله فليس له وإن اشترط مائة مرة».صحيح البخاري (٤٥٦) ومسلم (٣٨٥٠).

وَالْأَصَحُّ أَنَّ لِلْبَائِعِ مُطَالَبَةَ المشتري بالإعتاق.

وأحسب أن الأستاذ سبقه لهذا وفيه ضعف، وهل ينقدح فرق بين أن يجهل البائع ذلك أو لا؟ فيه نظر، والظاهر أن شراءه من أقر بحريته بشرط العتق كشراء القرب، ويحمل الفرق بينهما، ومن شرط الصحة أيضًا أن يكون العتق منجزًا، فلو شرط إعتاقه بعد يوم أو شهر مثلًا أو شرط أن يعلق عتقه بصفة أو شرط أن يبيعه بشرط إعتاقه لم يصح البيع على الأصح في الثلاث.

فرع: قال شارح: لو اشترى بعض عبد بشرط إعتاقه أن ظاهر كلام «الحاوي» الصغير الصحة، حيث قال: وعتق المبيع، قال: وظاهر كلام «المنهاج» البطلان، وبه صرح اليمني في «المعين».

قلت: إن صح هذا في غير المبعض، وفي غير من له باقية.

قال: **(وَالْأَصَحُّ أَنَّ لِلْبَائِعِ مُطَالَبَةَ الْمُشْتَرِي بِالْإِعْتَاقِ)** العتق المشروط حق لله تعالى وللبائع أو العبد أوجه في «التتمة» أصحها الأول: فعليه يأمره الحاكم به كالملتزم بالنذر؛ فإن أبى أجبره فإن أبى فكالمولى ممتنع، وعلى الثاني: للبائع المطالبة قطعًا، وكذا إن قلنا لله تعالى في الأصح، وعلى الثالث: للعبد المطالبة كذا قال الْمُتَوَلِّي، وينبغي أن يكون للحاكم المطالبة هنا أيضًا ويجبره فإن أضرَّ أعتقه عليه كما يطلق على المولى على الأظهر ويحبسه على قول حتى يعتق، وإذا قلنا: الحق للبائع لم يجبر؛ بل يجبر البائع في فسخ البيع.

وقيل: بالإجبار هاهنا، وفي الإشهاد بخلاف الرهن والضمين، فإنه لا يجبر قطعًا إذا قلنا: الحق للبائع، فأسقطه سقط على المذهب كما لو شرط رهنًا أو كفيلًا، ثم عفا عنه.

وإن قلنا: لله، فلا إسقاط أو العبد، فكذلك فيما أراه ولو أعتقه عن كفارة إن قلنا: الحق لله تعالى لم يجز أو للبائع لم يأذن فكذلك، وإن أذن أجزاه عنها، وإن قلنا للعبد فالظاهر أنه لا عبرة برضاه ولم أر فيه نقلًا.

فرع: لو جنى قبل إعتاقه، قال الماوردي: إن أجبرناه على عتقه لزمه فداؤه كأم الولد.

وَأَنَّهُ لَوْ شَرَطَ مَعَ الْعِتْقِ الْوَلَاءَ لَهُ أَو شَرَطَ تَدْبِيرَهُ أَو كِتَابَتَهُ أَو إعْتَاقَهُ بَعْدَ شَهْرٍ لَمْ يَصِحَّ البيع .

وقيل: فقيمته للمشتري ولو مات فالأصح أنه ليس للبائع إلا الثمن فقط.

وقيل: ينفسخ البيع، وله القيمة، وقيل: يتخير.

وقيل: له الثمن والتفاوت بين حالتي الشرط وعدمه، وأغفلته «الروضة».

وقيل: له الثمن وما يقابل الشرط من شبيه الثمن مثاله الثامن عشر، وقيمته مع الشرط اثنى عشر، وبدونه خمسة عشر فيلزمه درهمًا ونصف في كفاية ابن الرِّفْعَة يلزمه درهمًا، وقال في مطلبه: وهو غلط، وعلى الوجه الرابع يلزمه ثلاثة.

فرع: له قبل العتق استخدامه وإكسابه قالا: ووطأها فإن أولدها لم يجزه عن الإعتاق على الصحيح بل عليه عتقها، انتهى.

وجزم ابن الْقَطَّان في «فروعه» بأنه: ليس له وطأها لخوف إحبالها؛ بل عليه أن يعتقها، وبه يشير كلام الدارمي.

قال الدارمي: ولو أجره يحتمل وجهين أصحهما يبطل.

قال: (**وَأَنَّهُ لَوْ شَرَطَ مَعَ الْعِتْقِ الْوَلَاءَ لَهُ أَو شَرَطَ تَدْبِيرَهُ أَو كِتَابَتَهُ أَو إعْتَاقَهُ بَعْدَ شَهْرٍ لَمْ يَصِحَّ الْبَيْعُ**) أي: على المذهب الصحيح فيهن أما الولاء؛ فلأن شرطه يقتضي نقل الملك إلى البائع وارتفاع العقد، وفي قول: يصح البيع، ويلغى شرط الولاء لقوله ﷺ: «**كل شرط ليس في كتاب الله تعالى؛ فهو باطل**»[(١)].

وقيل: يصح البيع والشرط الظاهر قوله ﷺ: «**واشترط لهم الولاء مع خطبته**»[(٢)] بإيجازه فمنهم من لم يكتب الإذن، وإن كان في الصحيح أو الأكثرون أوَّلوه.

فقيل: بيَّن لهم حكم الولاء، وقيل: اللام بمعنى: «على».

وقيل: عقوبة لهم، وقيل: غير ذلك.

---

(١) أخرجه أحمد (٦/ ١٨٣، رقم ٢٥٥٤٣)، وابن راهويه (٢/ ٢٣٦، رقم ٧٤٣)، والطبراني في الصغير (١/ ٢٩٧، رقم ٤٩٣). وحديث عائشة أصله عند البخارى ومسلم.

(٢) أخرجه البخاري (٢١٦٨)، ومسلم (٣٨٥٢).

وَلَوْ شَرَطَ مُقْتَضَى الْعَقْدِ كَالْقَبْضِ وَالرَّدِّ بِعَيْبٍ أَو مَا لَا غَرَضَ فِيهِ كَشَرْطِ أَنْ لَا يَأْكُلَ إِلَّا كَذَا صَحَّ.

وقول: المصنف مع العتق احترز به عما لو أفرد شرط الولاء، فإن قال: إن أعتقته يومًا، فالولاء لي.

قال الْمُتَوَلِّي هنا: وبايعاه لا يصح بلا خلاف؛ لكنه في كتاب «الخلع» أشار إلى خلاف فيه فقال: المذهب المشهور فساد العقد.

وأما شرط التدبير وما بعده فقال في «شرح المهذب»: لو شرط أن يدبره أو يكاتبه أو يعتقه بعد شهر أو سنة أو يعلق عتقه أو دارًا بشرط أن يقفها فطريقان أصحهما القطع ببطلان البيع.

والثاني: أنه على الخلاف في اشتراط الإعتاق وكذلك العتق، انتهى.

والفرق أن التدبير ليست مصلحته ناجزة حتى يلحق بالعتق، وكذلك العتق بعد شهر والمكاتبة معاوضة والوقف، وإن كان قربه ففيه حجر ومن صحح في الشرط في الأربعة ألحقها بالعتق.

وللشافعي قول: أن البيع لا يفسد بفساد الشرط وعلى معاوضة تأتي، وهنا وجه ثالث، فيكون في المسائل الخمسة ثلاثة أوجه، واختار ابن أبي عصرون الصحة في شرط العتق بعد شهر، وبه أفتى الْبَغَوِي. وقال ابن الرِّفْعَة: إن ظاهر النص يقتضيه.

قال: (**وَلَوْ شَرَطَ مُقْتَضَى الْعَقْدِ كَالْقَبْضِ وَالرَّدِّ بِعَيْبٍ أَو مَا لَا غَرَضَ فِيهِ كَشَرْطِ أَنْ لَا يَأْكُلَ إِلَّا كَذَا صَحَّ**) أي: صح العقد ثم اشترط مقتضاه هل هو على الصحيح مؤكدًا ولغو كلام جماعة يقتضي الأولى، وكلام الأخرس، ومنهم الرَّافِعِي أنه لغو ولا عبرة لذلك وأما لا غرض فيه كشرط ألا يأكل أو لا يلبس إلا كذا قالا فهو لغو.

وقال الْمُتَوَلِّي: لو باع بشرط أن يصوم غير رمضان أو يصلي النوافل أو الفرائض في أول أوقاتها فالبيع باطل، وذكره الشَّاشِي احتمالًا.

قال الرافعي: وهذا يقتضي فساد العقد في قوله لا يأكل ولا يلبس إلا

....

كذا، واختار ابن الصلاح، وابن الأستاذ، وابن الرِّفْعَة إذا قرأ بالياء آخر الحروف، فقد ينازع في عدم الغرض، ويتخيل منه فساد العقد لعوده إلى نفع العبد فهو من وجه يشبه نفعه بالإعتاق.

قلت: عبارة جماعة شرط ألا يطعمه إلا كذا.

ولفظ الإمام في كتاب «الوديعة»: لو قال: بعتك بشرط ألا تطعمه إلا ألذ الأطعمة، إن هذا وما في معناه فهو مطرح به كما ذكروه.

قال ابن الرِّفْعَة في «حلية الشَّاشِي»: إن أصحابنا قالوا: إذا شرط ما لا غرض فيه، بعتك على أن تدخل الدار، أو تقف في الشمس، أو تصلي النفل، أو يأكل كذا إنه شرط فاسد لا يؤثر في العقد، وأبدى احتمالًا في البطلان.

قلت: والذي رأيته في نسخ «حلية الشَّاشِي»، وحكي عن بعض أصحابنا فذكره، وما ذكر يوافق اختيار ابن الصلاح وغيره في التصوير، فحصل التصوير بالوجهين، وذكر من شرح الكتاب أن الشَّافِعِي نص في «الأم» على أنه إذا قال: بشرط ألا يأكل إلا كذا، إن البيع باطل، فإن ثبت هذا عنه فهو المذهب، ورأيت فيما رأيته من فتاوى الْقَفَّال أنه لو قال: بعتك هذا الطعام على أن تأكله أو الأمةُ على أن تطأها، أنه إن قصد بذلك الاشتراط بطل البيع وإن أراد ولك ذلك صح البيع، انتهى.

وظاهر اللفظ الاشتراط، وقضيته الإبطال بخلاف ما اقتضاه كلام الشيخين والإمام وغيرهما، فإن ثبت النص المذكور طاح ما خالفه.

فرع: قال الْبَغَوِي في «الفتاوى»: إذا باع إناء بشرط ألا يجعل فيه شيئًا محرمًا أو سيفًا بشرط ألا يستعمله في قطع الطريق أو قتال ظلم أو عبد بشرط ألا يعاقبه بما لا يجوز صح البيع، وقس على هذا ما في معناه.

فرع: لو شرط ألا يسلم المبيع حتى يقبض ثمنه، فإن كان مؤجلًا بطل البيع، وإلا بنى على أن البدأة في التسليم، ثم إن قلنا بالمشتري صح البيع وإلا فسد للمنافاة.

وَلَوْ شَرَطَ وَصْفًا يُقْصَدُ: كَكَوْنِ الْعَبْدِ كَاتِبًا، أَوِ الدَّابَّةِ حَامِلًا، أَو لَبُونًا صَحَّ، وَلَهُ الْخِيَارُ إِنْ أَخْلَفَ. وَفِي قَوْلٍ يَبْطُلُ الْعَقْدُ فِي الدَّابَّةِ.

قلت: والخلاف في المساواة اليد، وأما إذا لم يخف فوت النهي، وتنازعا في مجرد الابتداء وحينئذٍ يتعين أن يقصد هذا.

قال: **(وَلَوْ شَرَطَ وَصْفًا يُقْصَدُ: كَكَوْنِ الْعَبْدِ كَاتِبًا، أَو الدَّابَّةِ حَامِلًا، أَو لَبُونًا صَحَّ، وَلَهُ الْخِيَارُ إِنْ أَخْلَفَ)** لأنه لا يقتضي إنشاء أمر مستقل، فلا يدخل في النهي عن بيع وشرط وهو التزام أمر موجود عند العقد سميناه شرطًا، وذلك الأمر إن كان وصفًا صح بلا خلاف، وإن كان عينًا كالحمل فالأظهر الصحة أيضًا؛ لأن المقصود الوصف به لا إدخاله في العقد؛ لأنه داخل عند الإطلاق.

قال: إن اختلف الفوات شرطه المقصود.

قال: **(وَفِي قَوْلٍ يَبْطُلُ الْعَقْدُ فِي الدَّابَّةِ)** لا شرط معها سببًا مجهولًا كما لو قال: بعتكها وحملها، والفرق ما سبق ولو شرط كون الأمة حاملًا فعلى القولين.

وقيل: يصح قطعًا؛ لأنه بيان عيب فيها.

وفي شرط كون الدابة لبونًا طريقان أصحهما على القولين في الحمل.

والثانية: القطع بالصحة، وهي قضية كلام الكتاب.

ولو كان كون المبيع أو الحيوان حاملًا أو لبونًا لدخلت الأمة فيها؛ لأن اللبن يقصد فيها للإرضاع.

إشارة: احترز بقوله: «يقصد عما لا يقصد» فإنه لا خيار ومثل بالزنا والسرقة ونحوها وفيه نظر؛ لأنه إن كان من البائع فهو بيان للعيب. وإن كان من المشتري فهو في حكم الرضا بالعيب أو نحو ذلك، ومن نظر إلى أن الحمل في الأمة لبيان العيب لا يثبت الخيار وعبارة «المحرر» وصفًا مقصودًا، وهي أحسن.

واعلم: أن من الأوصاف ما يقصده، وفي ثبوت الخيار بالحلف فيه خلاف:

منها: لو شرط ثيوبها، فخرجت بكرًا، فالأصح لا خيار.

ومنها: لو شرط أنه خصي فبان فحلًا فله الرد.

....

قالوا: لا يدخل على الحرم، وكأنهم أرادوا أنه الممسوح والإفتاء في الذكر الفحل، فينبغي ألا يثبت الرد؛ لأنه لم يكتب به غرض بخلاف الممسوح[١].

وقال أبو الحسن العبادي: لا رد؛ لأن الفحولية فضيلة.

تنبيهات: قالوا: يكفي أن يوجد من الصفة ما ينطلق عليه الاسم نعم لو شرط حسن الخط، فكان غير مستحسن في العرف فله الخيار، وإلا فلا قاله: الْمُتَوَلِّي، وكون هذا الخيار على الفور وكيفية الفور على ما ذكر بالرد بالعيب سواء إذا بان الخلف، وقد تعذر الفسخ لتلف أو حدوث عيب عنده، فله الأرش على التفصيل المذكور في العيب، قاله الْمُتَوَلِّي.

فرع: في فتاوى الْقَفَّال: لو قال: بعتك هذا على أنه صقلاني فكان هنديًّا صح، ولا خيار للمشتري؛ لأنه يدرك بالمشاهدة.

قلت: وفيما إذا كان المشتري يجهل الفرق واعتمد خبره وله غرض مقصود في الصقلاني نظر، ويحتمل أن يكون له الخيار.

فرع: قبض المشروط كاتبه ثم قال: لم أجده كاتبًا، وقال البائع: سلمته إليك كاتبًا إلا أنه نسي، روى شُرَيْح الرُّويَانِيّ عن رواية جده أبي العباس وجهان في المصدق منهما، فإن صدقنا المشتري، فقال العبد: أنا كاتب ولكني لا أكتب، وقال المشتري: لا يحسن الكتابة فالقول قول المشتري، وفي «فتاوى الْقَفَّال»: أنه لو مات عند المشتري قبل أن يخبره، فالقول قول المشتري.

فرع: قال: إنما اشتريته بشرط الكتابة، وأنكر تحالفًا. وقيل: يصدق البائع بيمينه قاله: في «التهذيب»، وقال في «الفتاوى»: إذا قال المشتري: شرطنا البكارة، فلم تكن وأنكر فوجهان:

أحدهما: يتحالفان.

---

(١) يُرَادَ بِالْفَحْلِ غَيْرُ الْمَمْسُوحِ بِدَلِيلِ مُقَابَلَتِهِ بِهِ فَيَشْمَلُ الْخَصِيَّ وَالْمَجْبُوبَ.«تحفة المحتاج في شرح المنهاج» (٢٩/ ٢١٢).

وَلَوْ قَالَ: بِعْتُكَهَا وَحَمْلَهَا بَطَلَ فِي الْأَصَحِّ.

والثاني: يصدق البائع بيمينه فلو اتفقا على شرط البكارة، ثم قال: سلمتها بكرًا فزالت البكارة في يدك، فقال المشتري: بل سلمت إليَّ ثيبًا صدق البائع بيمينه، فلو أقام كل واحد بينة إما رجلين أو أربع نسوة فبينة الثيابة أولى لزيادة علمها، وهو زوال البكارة.

فرع: في «فتاوى الْبَغَوِي» لأنه لو رأى عبدًا يحترف في يد مالكه بحرفة، ثم اشتراه فاستعمله فلم يحسنها، قال: إن لم يشترط الحرفة في البيع فلا رد وإن شرط، فإن كان استعماله قريبًا من رؤيته في يد البائع وهو يحترفها، ولا يحتمل النسيان في تلك المدة في يد البائع فله الرد، وإن كانت في يد المشتري فلا، وإن كانت في يده واختلفا، فالقول قول البائع بثمنه.

قال: (**وَلَوْ قَالَ: بِعْتُكَهَا وَحَمْلَهَا بَطَلَ فِي الْأَصَحِّ**)؛ لأنه جعل المجهول مبيعًا مع المعلوم بخلاف شرط كونها حاملًا؛ لأنه جعل ذلك وصفًا تابعًا، والثاني: يصح؛ لأنه يدخل عند الإطلاق فلا نقرُّ التخصيص عليه، كما لو قال: بعتك الجدار، وأساسه وأيد بنصه أنه لو قال: بعتك الدار بطرقها ومسيل مائها وأقنيتها صح، ولو قال: بعتك الجبة بحشوها، فقيل: على الخلاف، وقيل: يصح قطعًا، فينبغي جريان هذا الخلاف في الأساس هكذا عبارة «الروضة»بحشوها، وعبارة «التهذيب» و«الكافي» وحشوها بالواو وذكر الطريقين.

قال في «التهذيب»: معبرًا عن الطريق الثاني، وقيل: يجوز قولًا واحدًا؛ لأن الجبة اسم لها مع الحشو فهذا كأساس الجدار بخلاف الحمل، فإنه لا يتناوله اسم الشاة، فإذا سماها صارا مقصودين وأخذا قسطًا من الثمن، وهما مجهولان فلم يصح.

وقال الشيخ في «شرح المهذب»: إذا قال وحشوها أو محشوها فطريقان أصحهما الصحة قطعًا وفرق بنحو ما سبق، واختار من شرح الكتاب من شيوخ العصر أنه لو قال: بعتكها وحملها أو الجبة وحشوها أو الجدار وأساسه أنه يبطل، وإن قال: بعتكها بحملها أو الجبة، بحشوها أو الجدار بأساسه أنه يصح.

....

قال: والفرق بين الواو والباء هو ما تقتضيه اللغة، وكلام الشَّافِعِي لا يخالفه وليس للأصحاب ما يخالفه إلا ما تقدم في الأساس، ولعل ناقله يحرز العبارة فليترك كلام الأصحاب على ما قلته.

وقال في بيع الأصول والثمار: أن الشَّافِعِي والأصحاب لم يفرقوا بين قوله: بعتك هذه النخلة بشرط أن ثمرتها لك وبين قوله: بعتكها وثمرتها لك، قاسه في «المهذب» على الحمل إذا بيع مع «الأم»، وكذلك الرَّافِعِي، وهو مشكل عليه لا يرى فساد بيع الجارية وحملها ومنع بيع الثمرة مع الشجرة أظهر بصحة إفرادها بالبيع. قال: وإنما ذكرت هذا من كلام الشَّافِعِي؛ ليحتج به في بيع الجارية وحملها.

وقال القاضي أبو الطيب: أكثر أصحابنا على أنه يصح بيع الشاة ولبنها والجبة وقطنها كبيع الدار وحقوقها والجوز ولُبِّه، والرمان وحبه، وذكر في آخر كلامه تخريجها على الخلاف.

فرع: إذا أبطلنا في الجبَّة، قال الشيخ أبوعلي في صحة البيع في الطهارة والنظافة قولًا بالتفريق، وفي صورة الدابة يبطل في الجميع واستحسنه الإمام، وهو ظاهر على قولنا يجيز بالقسط، وإن قلنا يجيز بالجميع ويبطل في الحمل، وفي «الأم» قولًا بتفريق الصفقة وبيض الطير كالحمل في جميع ذلك.

فائدة: قال الشارح المذكور آنفًا في قطعة له من «شرح المهذب» المشهور له: إذا باع وشرط بحملها بطل البيع.

وقيل: يصح في الآدميات؛ لأنه عيب؛ ولهذا المعنى قال المرعشي: يصح من البائع ولا يصح من المشتري، وما قاله المرعشي يوافق التفصيل في شرط ترك الوطء في النكاح؛ لأن الشارط هو الذي عرض له في إتيان ذلك الشرط والمشروط عليه ليس له غرض إلا إسعاف الشارط وليس الشرط مقصودًا له، وهذا معنى صحيح وإن استشكله الرَّافِعِي هناك، والمشتري ليس له هنا غرض في الحمل، وإنما الغرض للبائع في براءته من العهدة نسبة، وعلى هذا يقوى أنه إذا

وَلَا يَصِحُّ بَيْعُ الْحَمْلِ وَحْدَهُ، وَلَا الْحَامِلِ دُونَهُ وَلَا الْحَامِلِ بِحُرٍّ.
وَلَوْ بَاعَ حَامِلًا مُطْلَقًا دَخَلَ الْحَمْلُ فِي الْبَيْعِ.

أخلف لا يثبت الرد، وأما إذا شرطه المشتري فيظهر أن له الرد؛ لأن الحمل وإن قلنا: إنه عيب زيادة من وجه، كما قالوه في الصداق، انتهى.

وفي «فتاوى الْقَفَّال»: لو قال بعتك هذا الطعام بعشرة، فقال: اشتريته على أن آكله صح البيع؛ لأنه شرط على نفسه ولم يشرطه عليه، ولو كان الشرط من جهة البائع أبطل؛ لأنه شرطه على المشتري ما منع مقتضى العقد، فكان كما روى الربيع إن تزوجها وشرط على نفسه الكفالة جاز النكاح، وإن كانت هي الشارطة بطل النكاح، انتهى.

قال: **(وَلَا يَصِحُّ بَيْعُ الْحَمْلِ وَحْدَهُ)** أي: لا من مالك الأم ولا من غيره للجهالة، وللنهي عن بيع الغرر. وقيل: يصح كبيع شجرة الملاقيح.

قال: **(وَلَا الْحَامِلِ دُونَهُ)**؛ لأنه لا يفرد بالعقد فلا يستثنى كبيع أعضاء الحيوان، وإن استثنينا ثمرها قبل بدو الصلاح، وجوابه أن: الثمرة يجوز إفرادها بالعقد، ولو وكل مالك الحمل مالك الأم فباعهما دفعة لم يصح، ولو باع الشاة واستثنى اللبن الذي في ضرعها لم يصح العقد على الأصح كاستثناء الحمل والكسب وحب القطن، وقد يفرق بأن اللبن يمكن أخذه في الحلل بخلاف غيره.

قال: **(وَلَا الْحَامِلِ بِحُرٍّ)** إلحاقًا للاستثناء الشرعي بالاستثناء الحسني، وهكذا لو كانت الأم لواحد والحمل لآخر فباع الأم لمالك الحمل أو غيره، وفي المسألتين وجه أنه يصح، اختاره الإمام هنا.

وفي كتاب «الرهن» مع قوله فيه: أن المذهب المنع، واختاره الغزالي هنا، وفي كتاب «النكاح» وفي «السير» وافق الأصحاب.

قال: **(وَلَوْ بَاعَ حَامِلًا مُطْلَقًا)** أي: من غير تعرض لدخول ولا لعدمه.

(دَخَلَ الْحَمْلُ فِي الْبَيْعِ) أي: تبعًا ويضمن كلام الشَّافِعِي نقل الإجماع فيه، ومحل الجزم بتبعيته إذا كان مملوكًا لمالك الأم وانتقل ملكها عنه بمعاوضة اختيار أمته، أو ممن قام مقامه من وكيل وولي سواء حجر عليه لصغر

فَصْلٌ: وَمِنَ الْمَنْهِيِّ عَنْهُ مَا لَا يُبْطِلُ لِرُجُوعِهِ: إِلَى مَعْنًى يَقْتَرِنُ بِهِ ....

أو سفه أو فلس، فلو انتقل بالهبة أو الفسخ أو رجوع والد في هبته أو بيع الرهن على الراهن فقولان.

قال الإمام في «الهبة»: عدم التبعية، ونقل الإمام في أواخر النهاية عن النص أنه لو باعها وقد وضعت أحد اليومين، ثم وضعت الآخر عند المشتري أنه يكون للبائع؛ لأنه حمل واحد. قال الإمام: والقياس السديد أنه للمشتري، ثم حكى عن الحصري أنه حكى في المسألة قولين:

قال: أحدهما: وهو ما رأيناه الصواب أنه يكون للمشتري لانفصاله له في ملكه، وقد جزم الشيخان بذلك في كتاب «الكتابة» مستدلين به على نظير المسألة في الكتابة.

وقال الْمُتَوَلِّي في باب بيع الأصول والثمار: إنه ظاهر المذهب ولا يعتبر ممن يستثنى هذه الصورة من إطلاق الكتاب وغيره، فالصواب خلافه والنص المشار إليه مؤول.

إشارة: بقي من هذا القسم مسائل متفرقة في كلام الأئمة، وأهمل المصنف هنا فصلًا مهمًّا، وهو أحكام المقبوض بالشراء الفاسد، وهو كالمغصوب في أكثر أحكامه على خلاف في بعض صوره، وبالله التوفيق.

قال: (**فَصْلٌ وَمِنَ الْمَنْهِيِّ عَنْهُ مَا لَا يُبْطِلُ**) بضم الياء وفتح الطاء، والضمير في رجوعه يعود إلى النهي لدلالة المنهي عليه، ويصح فتح الياء وضم الطاء والضمير بحاله، وهو ما نقل عن ضبط المصنف بخطه، وأما ضم الياء وكسر الطاء فإنما يصح لو قال المتناهي، لكنه أحسن ليندرج فيه ما لا يوصف بالبطلان ولا بعدمه، ويوصف بعدم الإبطال كتلقي الركبان ونحوه مما ذكره في الفصل.

قال: (**لِرُجُوعِهِ: إِلَى مَعْنًى يَقْتَرِنُ بِهِ**) اعلم أن النهي إن كان لأمر في ذات العقد بطل كالملامسة أو لأمر خارج لازم له لم يبطل كبيع الحاضر للبادي، أو لأمر منفك عنه متعلق به، فأولى بعدم البطلان كالنجس.

وفي «البحر»: وجه غريب أنه يبطل أو لأمر لا يتعلق به أصلًا كالبيع حالة

كَبَيْعِ حَاضِرٍ لِبَادٍ بِأَنْ يَقْدُمَ غَرِيبٌ بِمَتَاعٍ تَعُمُّ الْحَاجَةُ إِلَيْهِ لِيَبِيعَهُ بِسِعْرِ يَوْمِهِ فَيَقُولُ بَلَدِيٌّ: أُتْرُكْهُ عِنْدِي لِأَبِيعَهُ عَلَى التَّدْرِيجِ بِأَغْلَى.

النداء يوم الجمعة، فلا إبطال وفاقًا.

قال: (كَبَيْعِ حَاضِرٍ لِبَادٍ)، قال ﷺ: «**لا يبيع حاضر لباد**» متفق عليه[1].

ومن طرق لمسلم: «**دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض**»[2] واتفق الأصحاب على تحريمه عند وجود شروطه الآتية:

قال: (**بِأَنْ يَقْدُمَ غَرِيبٌ بِمَتَاعٍ تَعُمُّ الْحَاجَةُ إِلَيْهِ لِيَبِيعَهُ بِسِعْرِ يَوْمِهِ فَيَقُولُ بَلَدِيٌّ: أُتْرُكْهُ عِنْدِي لِأَبِيعَهُ عَلَى التَّدْرِيجِ بِأَغْلَى**) المراد بالغريب: أي إنسان كان، والحديث ورد على الغالب، وكان الأحسن أن يقول: يقدم شخص أو رجل أو قادم لئلا يوهم أن الغربة قيد، وكذا قوله: بلدي كان الأحسن أن يقول: آخر، وأحد الشروط وهي ستة حاجة الناس إليه، ولم يذكر جماعة عمومها، وإنما ذكر القاضي الحسين والبغوي، وتبعهما الشيخان، وهو محل وفاق.

قال في «النهاية» و«البسيط»: فإن لم يعد ضرر على الناس لعموم تلك السلعة، أو لقلة الحاجة إليها ففي تعصيته وجهان أحدهما: يعصي؛ لإطلاق النهي، والثاني: لا لعدم الإضرار بالغير. قال ابن الرِّفْعَة: وظاهر النص عدم التفرقة.

الثاني: قصده البيع بسعر يومه مثلًا، فلو قصد الإقامة لبيعه، فسأله قروي تعويض ذلك إليه، فلا بأس، وفيه احتمال لابن خيران.

الثالث: سؤال البلدي له، فلو سأله الجالب ذلك لم يحرم ولو استرشده، فهل يرشده إلى الادخار؟ وجهان:

قال أبو إسحاق وغيره: عليه بصحبة.

---

(١) أخرجه البخاري (٢/ ٧٥٧، رقم ٢٠٥٠)، ومسلم (٣/ ١١٥٧، رقم ١٥٢١).

(٢) أخرجه الشافعي (١/ ١٧٣)، وأحمد (٣/ ٣٠٧، رقم ١٤٣٣٠)، ومسلم (٣/ ١١٥٧، رقم ١٥٢٢)، وأبو داود (٣/ ٢٧٠، رقم ٣٤٤٢)، والترمذي (٣/ ٥٢٦ رقم ١٢٢٣) وقال: صحيح. وابن ماجه (٢/ ٧٣٤، رقم ٢١٧٦)، وابن الجارود (ص ١٤٨، رقم ٥٧٤) وابن حبان (١١/ ٣٣٨ رقم ٤٩٦٣) والطيالسي (ص ٢٤١، رقم ١٧٥٢)، والحميدي (٢/ ٥٣٤، رقم ١٢٧٠).

وَتَلَقِّي الرُّكْبَانِ: بِأَنْ يَتَلَقَّى طَائِفَةً يَحْمِلُونَ مَتَاعًا إِلَى الْبَلَدِ فَيَشْتَرِيَهُ قَبْلَ قُدُومِهِمْ وَمَعْرِفَتِهِمْ بِالسِّعْرِ، ....

وقال ابن الوكيل: لا يرشده توسعًا على الناس، وكأن المراد أنه يسكت لا أنه يكذب ويخبر بخلاف صحته.

الرابع: أن يتربص بها أما لو سأله بيعها على الفور فلا بأس، وهذه الأربعة في كلام المصنف.

الخامس: أن يظهر بيع ذلك المتاع سعة في البلد، فإن لم يظهر لقلته أو لكبر البلد أو لعموم وجوده ورخص السعر فوجهان: أوفقهما للحديث التحريم، وهما الوجهان السابقان عن «النهاية» و«البسيط» والنزاع راجع إلى تحقيق الشرط الأول، وحينئذٍ في عد ذلك شرطًا برأسه وفيه.

السادس: أن يكون عالمًا بالنهي.

قالا: وهذا الشرط يعم جميع المناهي، ثم الإثم على البلدي دون الجالب قاله: الْقَفَّالُ، وقال صاحب «التعجيز في شرحه للوجيز» للتحريم ستة شروط:

ألا يعزم البدوي المقام ولا التربص بسلعته، ولا يطلبه من البلدي، ولا يكون البلد كبير إلا برخص سعره بذلك القدر ولا السعر رخصًا ولا السلعة مما لا يعم الحاجة إليها، فإن فقد شرط خل البيع إلا أن الرابع والخامس أو السادس، فإن فيه وجهين، ولم يذكر العلم بالنهي ومما ذكره يزداد العد عما ذكرناه.

ثم قال: والشراء للبادي، وهو أن يقول له الحاضر: اصبر حتى اشتري لك بالرخص حرام كالبيع بجامع الإضرار بالناس بتفويت الربح عليهما، انتهى.

ويؤيده الحديث السابق وهوى الناس، وأيد ابن الرِّفْعَة في مطلبه في ذلك يزداد أو هو قريب من الوجهين السابقين.

قال: (**وَتَلَقِّي الرُّكْبَانِ: بِأَنْ يَتَلَقَّى طَائِفَةً يَحْمِلُونَ مَتَاعًا إِلَى الْبَلَدِ فَيَشْتَرِيَهُ قَبْلَ قُدُومِهِمْ وَمَعْرِفَتِهِمْ بِالسِّعْرِ**) هذا النهي متفق على صحته لا يتلقوا الركبان للبيع.

وفي رواية الجلب وفي رواية السلع، ولا خلاف في التحريم بشرط أن يعلم بالنهي، وأن يقصد التلقي، فلو خرج لأمر فرآهم اتفاقًا فاشترى، فالأصح

وَلَهُمُ الْخِيَارُ إِذَا عَرَفُوا الْغَبْنَ.

عند الجمهور يعصي لشمول المعنى، ولو قصد التلقي لغرض آخر كسلام ولقاء قادم، ثم اشترى فعلى الأصح لا شك في التحريم، وعلى الثاني يحتمل لوجود التلقي، ويحتمل الإباحة لقول الحديث للبيع.

تنبيهات: ذكره الطائفة مثال: لا قيد فتلقي الجالب الواحد كتلقي قاصديه أم لا؟ الأوفق الإطلاق للحديث نعم والأقرب إلى كلامهم لا ولم أرضه نصًّا، وقوله: متاعًا كذا عبر الرَّافِعِي في كتبه، وهو الصواب.

وقال في «الروضة»: طعامًا، وهو تعبير مخل، وليس من شرط التحريم أن يخبرهم بكساد ما معهم، كما قاله في «التنبيه» و«التتمة».

قال الْمُتَوَلِّي: أو يخبرهم بكثرة المؤنة عليهم في الدخول وليس من الشرط أن يعينهم، ولا أن يكذب في سعر البلد كما أفهم تصوير الإمام الغزالي وعلمه النهي عند الشَّافِعِي، والجمهور النظر للركبان، وعند بعضهم النظر لأهل البلد ولو تلقاهم وباعهم ما يقصدون شراء من البلد جاز في الأصح، وفيه وقفة للمعنى؛ لقوله ﷺ: **«دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض»**[1].

وأطلق المصنف أن **(وَلَهُمُ الْخِيَارُ إِذَا عَرَفُوا الْغَبْنَ)** لكن لو عرفوه ثم لم يقدموا السوق، حتى رخص السعر وصار كما أخبرهم ففي ثبوت الخيار وجهان في «الحاوي»، ولفظ الحديث وصاحبه بالخيار إذا أتى السوق، وكأنه خرج على الغالب ولو بان لهم عدم الغبن أو ابتدأ القادمون بالتماس الشراء واشترى بسعر البلد، فلا خيار في الأصح في الثلاث. وحكى الإمام وجهين فيما لو صدق في الإخبار، وقال: سواء اشترى بثمن المثل أو بدونه.

قيل: وفي تصوير الغبن مع الصدق نظر، فإن فرض فالوجه إثبات الخيار للغبن، فإن الغبن هو المعتبر وجودًا وعدمًا، ولا اعتبار بالكذب وجودًا ولا عدمًا.

قلت: يتصور الصدق والغبن بأن يخبر بسعر السوق، ويقول: عليكم فيه مؤن كثيرة ونحو ذلك، أو يكون قد فارق السوق على السعر الذي أخبرهم به،

---

(١) تقدم تخريجه في الذي قبله.

وَالسَّوْمُ عَلَى سَوْمِ غَيْرِهِ، وَإِنَّمَا يَحْرُمُ ذَلِكَ بَعْدَ اسْتِقْرَارِ الثَّمَنِ.

ثم ارتفع بعد ذلك ولم يعلم به، ثم اشترى منهم على مقتضى إخباره، ثم قدموا فبان ارتفاعه حال البيع وهذا ظاهر، أما لو بان لهم أنه كان قد ارتفع بعد شرائه ففي كونه غابنًا لهم نظر، والأشبه أنه ليس بغابن، وحيث أثبتنا الخيار فعلى القول في الأصح.

وقيل: إلى ثلاثة أيام، ابتداؤها من حين العلم، ولو تمكن من الوقوف على الغبن واشتغل بغيره فكعلمه بالغبن، فبطل خياره بتأخير الفسخ، قاله القاضي أبو الطيب.

قلت: وينبغي أن يُعذَر في دعواه لجهله بالخيار، ويأتيه على الفور إذا كان ممن يخفى عليه، وإنما يثبت له الخيار إذا كان التلقي خارج البلد، فلو كان في البلد قبل دخولهم السوق ومعرفتهم الأسعار فلا خيار، وصرَّح به الأصحاب، ولم يتعرضوا للتحريم.

لكن! جماعة من أهل الفقه والحديث ومنهم ابن المنذر قالوا: لا يجوز التلقي خارج السوق ولا بأس في أول السوق، وأما قول الحاوي الصغير: شراء متاع غريب لم يعرف السعر، فإن أراد ظاهره احتاج إلى سلف فيه، وقوله غريب ليس بقيد، وإن أفهمه كلام المصنف وغيره، بل لو كان الجالب من أهل البلد كان الحكم كذلك فيما يظهر، وقد يؤيد كلامه بإطلاق نصه في اختلاف الحديث بثبوت الخيار إذا اشترى قبل وصول السوق، ووجهه من جهة المعنى ظاهر.

إشارة: قال ابن السكيت: الغبن بالإسكان في الشراء والبيع، وبالفتح ضعيف الرأي، وهكذا نقله المصنف في تهذيبه عنه، وعكس ذلك عنه في «التحرير»، وهو سبق قلم.

قال: (**وَالسَّوْمُ عَلَى سَوْمِ غَيْرِهِ**) نقل الشيخ الإجماع على منعه، والنهي عنه متفق عليه.

قال: (**وَإِنَّمَا يَحْرُمُ ذَلِكَ بَعْدَ اسْتِقْرَارِ الثَّمَنِ**) أي: بعد التوافق عليه صريحًا، وقبل العقد فإن حصل ما يدل على الرضا كالتعريض لم يحرم على

....

الأصح بل يكره، والوجهان كالقولين في تحريم الخطبة على الخطبة حينئذٍ الجدير عدم التحريم، ويحتمل أن يرجح هنا التحريم ويفرق بأنه هناك يستحي من صريح الرد فيعرض بالإجابة بخلاف البيع غالبًا؛ بل الظاهر فيه الرضا والسكوت المشعر بالرضا عند العراقيين كالتعريض وعند المراوزة لا يحرم قطعًا ولا غيره بسكوت لا إشعار فيه.

ولو قال: حتى أشاور فيظهر أنه كالسكوت المجرد، وحاول ابن الرِّفْعَة إثبات وجهين فيه، وليس يبعد ويقوى التخريج فيما إذا كان نفيسًا يساوم فيه عادة الخفاء ونحوه دون الشيء الحقير، ولا حرج في الزيادة فيما يطاف فيه فيمن يزيد؛ لأنه ﷺ **«باع قدحًا وحلسًا فيمن يزيد»**[١].

قال الترمذي: حديث حسن، ثم شرط التحريم أن يكون عالمًا بالنهي، وشرط ابن حربويه: أن يكون مسلمًا لظاهر الحديث وحمله الجمهور على أنه خرج مخرج الغالب.

وأشار ابن عبد البر إلى نقل الإجماع عليه وصورة الأصحاب المسألة تصوير من أن يجيء الرجل قد أنعم لغيره بيع سلعة بثمن فيزيده.

والثالثة: أن يجيء المشتري فيعرض عليه مثل تلك السلعة بدون ثمنها، وكلام اللغويين يقتضي تسمية كل منهما سومًا، وبه صرح صاحب «الكافي».

وفي كلام الشيخ أبي حامد أن الثاني سوم وتحريمه بالحديث، والأول استقام وتحريمه بالمعنى، والمعنى فيهما جميعًا ما فيه من الإبداء والعداوة[٢].

إشارة: قد يمر بالبال أنه لو كانت السلعة أو الشراء لمحجور عليه وقد ادعى الولي بالبيع أو المشتري مغبونًا، وقصد المسام النصيحة وحفظ مال

---

(١) أخرجه أحمد في «المسند» (١٢٢٩٣)، والنسائي (٤٥٢٠).

(٢) اسْتَشْكَلَ الْإِسْنَوِيُّ هَذَا بِأَنَّهُ يَقْتَضِي أَنَّ السَّوْمَ لَا يَجِبُ فِي جَمِيعِ النِّصَابِ وَأُجِيبَ بِفَرْضِ ذَلِكَ فِيمَا إذَا كَانَ النِّتَاجُ قَبْلَ آخِرِ الْحَوْلِ بِنَحْوِ يَوْمَيْنِ مِمَّا لَا يُؤَثِّرُ الْعَلَفُ فِيهَا، وَفِيهِ نَظَرٌ لِمُنَافَاتِهِ لِكَلَامِهِمْ وَبِأَنَّ السَّخْلَةَ الْمُغَذَّاةَ بِاللَّبَنِ لَا تُعَدُّ مَعْلُوفَةً عُرْفًا.انظر: «تحفة المحتاج إلى شرح المنهاج» (١٢/ ٥٧).

وَالْبَيْعُ عَلَى بَيْعِ غَيْرِهِ قَبْلَ لُزُومِهِ بِأَنْ يَأْمُرَ الْمُشْتَرِي بِالْفَسْخِ لِيَبِيعَهُ مِثْلَهُ].

المحجور ونحوه بالشراء أو البيع أنه لا يحرم، وسيأتي ما يقرب من هذا.

قال: **(وَالْبَيْعُ عَلَى بَيْعِ غَيْرِهِ)** لأنه نوع الصدد ويورث الشحناء، والنهي عنه متفق على صحته.

قال: **(قَبْلَ لُزُومِهِ)** وذلك في زمن خيار المجلس أو الشرط؛ لأنه بعد لزومه لا معنى له.

قال: **(بِأَنْ يَأْمُرَ الْمُشْتَرِي بِالْفَسْخِ لِيَبِيعَهُ مِثْلَهُ)** اعلم أن الأمر بالفسخ ليس بشرط، والذي قاله الأصحاب أن تعرض عليه سلعة مثل سلعته بأقل من ثمنها أو أجود منها بمثله. وقال الشَّافِعِي في اختلاف الحديث من «الأم»: فينتهي الرجل إذا اشترى رجل من رجل سلعة ولم يتفرقا أن يبيع المشتري سلعة تشبه السلعة التي اشترى؛ لأنه لعله يردُّ السلعة التي اشترى؛ لأنه لعلة لا يرد السلعة التي اشترى أولًا، انتهى. وعبارة الشَّافِعِي ﷺ أصح من العبارتين وأشمل.

فروع وتنبيهات: قال الدارمي: إذا اشترى سلعة وله خيار فجاء آخر بسلعة ليبيعه بمثل الثمن، وهو أجير أو ناقل ويرد، فهو مبني عنه، فإن قال: بعتك مثلها بأكثر فوجهان. قال المروزي: يجوز فإذا قال المشتري: فهل مرتكب للنهي؟ على وجهين.

قلت: الصحيح لا، قال: وإن باعه من جنس آخر جاز إلا أن يستغني به عن الأول، انتهى.

وفيه فوائد وشرط القاضي ابن يحيى هنا ألا يكون المشتري مغبونًا غبنًا مفرطًا، فإن كان فله أن يعرفه ويبيع على بيعته؛ لأنه ضرب من النصيحة.

قال المصنف: هذا الشرط انفرد به ابن يحيى، وهو خلاف ظاهر إطلاق الحديث، فالمختار أنه ليس بشرط، انتهى.

وحسن أن يفصل فإن كان الشراء لنفسه فالمختار ما قاله الشيخ، وإن كان المشترى لمحجوره كصبي ونحوه، فالمختار ما قاله ابن يحيى، وهل الوكيل كالولي؟ فيه احتمال على أني لم أر لأحد تصريحًا ولا تلويحًا بخلاف ما قاله

[فَصْلٌ وَمِن الْمَنْهِيِّ عَنْهُ مَا لا يُبْطِلُ]

قال المصنف: [وَالشِّرَاءِ عَلَى الشِّرَاءِ بِأَنْ يَأْمُرَ الْبَائِعَ بِالْفَسْخِ لِيَشْتَرِيَهُ.

ابن يحيى، ولكنهم أطلقوا ولو أذن البائع في البيع على بيعه ارتفع التحريم على الأصح، وليكن هذا فيما إذا بيع لنفسه، أما لو كان وكيلًا أو وليًّا أو لمحجور عليه فلا، وينبغي أن يكون موضع الجواز مع الإذن إذا دلت الحال على الرضا باطنًا، أما لو دلت على أنه غير راضٍ وإنما أذن ضجرًا وحيفًا فلا، ويشترط في ما قيمة العلم بالنهي إذا باع أو أمر بالفسخ وكان مقصوده البيع، فإنه أمر بالفسخ وليس مقصوده البيع.

قال بعض الشارحين: فحكمه حكم النجش أي: فلا يتوقف لبعضه على علمه بالنهي وهذا رأي.

وقال صاحب «الكافي»: صورة المسألة أن يشتري متاعين غبطة، فيأتيه آخر في زمن الخيار، ويقول: افسخ لأبيعك خيرًا منه وأرخص، أو يأتي إلى البائع فيقول: افسخ البيع لأشتريه منك بأكثر، فإن قصد الفسخ ولا يريد الشراء عصى سواء علم بالحديث الوارد فيه أم لا، وهو من النجش، وإن أراد الشراء فإن كان عالمًا بالحديث عصى، وإلا فلا، انتهى.

وفي «التهذيب» نحوه والفرق بين النجش وغيره رأى على خلاف النص كما سيأتي، وقوله: فيه غبطة قد يشعر بأنه إذا كان المشتري مغبونًا أنه لا يحرم وإن لم يقصد الشراء، بل النصيحة، وهذا محتمل في الجاهل المغبون الغبن المفرط ولا سيما إذا اشترى لغيره، وقد أوجبوا على الأجنبي الإعلام بالعيب وبعض الغبن أضر من العيب.

قال الشارح: **(وَالشِّرَاءِ عَلَى الشِّرَاءِ)** أي: قبل لزومه.

(بِأَنْ يَأْمُرَ الْبَائِعَ بِالْفَسْخِ لِيَشْتَرِيَهُ) لأنه في معنى البيع على البيع، ولهذا جعلهما الخوارزمي مسألة واحدة كما سبق عنه والنهي عنه في «الصحيحين» ولفظ البخاري: «**لا يزيد مؤمن على بيع أخيه**»[1] ولفظ مسلم: «**لا يزيد الرجل**

---

(١) أخرجه البخاري (٢٧٢٣).

وَالنَّجْشُ بِأَنْ يَزِيدَ فِي الثَّمَنِ لَا لِرَغْبَةٍ بَلْ لِيَخْدَعَ غَيْرَهُ، ....

على بيع أخيه»[١] وله: «**المؤمن أخو المؤمن**»[٢] فلا يحل أن يبتاع على بيع أخيه والبيع يطلق على الشراء. ويمكن أن يقال: النهي عن البيع نهي عنهما على استعمال اللفظ في معنييه، والظاهر أنه لا فرق أن يطلبها من البائع بزيادة أو بالثمن المتفق عليه، ويظهر أنه لو قال: لو فسخت البيع لاشتريتها، فأريد أن الحكم كذلك، وكذا قوله: ثم راغب فيها بزيادة، وألحق الماوردي بذلك أن يربح المشتري في زمن الخيار.

قال: (**وَالنَّجْشُ**) للنهي عنه في الصحيحين[٣].

وأجمعوا على تحريمه وشرط ثَمَّ الناجش عليه بالتحريم قاله: القاضي أبو الطيب وغيره، ومن ظن أن في ذلك خلافًا فقد غلط، ولم يشترط الشَّافِعِي في المختصر العلم بالنهي الخاص في النجش، واشترطه في البيع على البيع فأخذ كثيرون أو الأكثرون بظاهر ذلك. وقد نصَّ الشَّافِعِي رضي الله عنه في اختلاف الحديث من «الأم» عليه، فقال: من نجش فهو عاصٍ بالنجش إن كان عالمًا بنهي رسول الله ﷺ وعلى ذلك جرى القاضي أبو الطيب في تعليقه والمتولي والمحاملي في «اللباب» ونسخه في «الرونق» وهو الصواب، ونقله صاحب «التعجيز في شرحه للوجيز» عن جمهور النقلة، ثم قال: وقال الإمام نقلًا عن الشَّافِعِي أنه يأثم وإن لم يبلغه الخبر؛ لأن النجش خداع وتحريمه مشهور، انتهى.

قلت: وعلى التقدير فلا بد من العلم بالتحريم، فإن أكثر العوام يعدونه إعانة وإحسانًا إلى البائع ولا حاجة مع النص إلى تكلف الفرق.

قال مفسرٌ: النجش: (**بِأَنْ يَزِيدَ فِي الثَّمَنِ لَا لِرَغْبَةٍ بَلْ لِيَخْدَعَ غَيْرَهُ**) ولا فرق بين أن يكون بثمن المثل أو أكثر، ولا فرق بين أن يكون في النداء، ولا بأن يجلس على حانوت فيطلب شخص سلعة بثمن فيزيد فيها الناجش، وقد يكون مقصوده ضرر المشتري أو نفع البائع، وقد يكون هو البائع حيث لا يعلم

(١) أخرجه مسلم (٣٥٢٦). (٢) أخرجه مسلم (٣٥٢٩).

(٣) أخرجه البخاري (٢١٤٢) ومسلم (٣٨٩٣) عن ابن عمر قال: نهى النبي ﷺ عن النجش.

وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ لَا خِيَارَ. وَبَيْعُ الرُّطَبِ وَالْعِنَبِ لِعَاصِرِ الْخَمْرِ.

به، وقد يكون غيره بمواطأة منه أو بدونها، وكل ذلك حرام فإذًا الأجود حذف قوله ليخدع غيره.

وأوهم ابن الرِّفْعَة بقوله: والمحرم من النجش هو أن يزيد في الثمن عما تساويه العين المذكورة ليغرَّ غيره وليشتريه أنه إذا أراد عند بعض القيمة لا يعصي ومراده بما يساويه ما يدفع فيها، وكان الوجه حذف هذا التفسير الموهم.

قال: (**وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ لَا خِيَارَ**)؛ لأنه فرط بترك التأمل وهذا ظاهر نصه في اختلاف الحديث، والثاني ينتسب للتدليس، وهو قول أبي إسحاق: وهذا إذا نجش بمواطأة البائع، وإلا فلا خيار قطعًا، نعم يجري الخلاف فيما إذا كان البائع هو الناجش سرًّا.

وفي «شرح المهذب» المسمى قالوا: في أنه يشترط مع المواطأة أن يكون الناجش من أهل الخبرة بالقيمة، وإلا فلا خيار ويعرض له الإمام في صورة المسألة وهو غريب، وأجرى الخلاف فيما لو قال: أعطيت بها لنا فصدقه واشترى، ثم بان خلافه وفيما لو أخبره عارف بمواطأة البائع أن هذا فيروز أو عقيق مثلًا فاشتراه، ثم بان خلافه، وكنت أود لو رجح هنا سواء به لقوة التغرير والتدليس، ولا سيما عند التفاوت الفاحش ولا يبعد إلحاق سكوت البائع على النجش مع علمه بالمواطأة عليه.

قال: (**وَبَيْعُ الرُّطَبِ وَالْعِنَبِ لِعَاصِرِ الْخَمْرِ**) لم أر فيه نهيًا خاصًا إلا ما رواه ابن حبان ضعفائه: (ص: ٢٣٦) في ترجمة الحسن بن مسلم التاجر وضعفه من حديث بريدة برفعه من جنس العنب زمن القطاف، حتى يبيعه من يهودي أو نصراني، أو ممن يعلم أنه يتخذه خمرًا، فقد قدم على النار على بصيرة.

قلت: وأحسبه موضوعًا. نعم، في السنن أنه ﷺ «**لعن في الخمر عشرة بائعها ومبتاعها**». الحديث[1].

---

(١) أخرجه الترمذي (١٣٤٢) وابن ماجه (٣٥٠٦) وقال الزيلعي في «نصب الراية» (١٢/ ٩٠): وَقَدْ صَحَّ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ «لَعَنَ فِي الْخَمْرِ عَشَرَةً: حَامِلَهَا، وَالْمَحْمُولَةَ إِلَيْهِ»؛ قُلْت: رُوِيَ مِنْ حَدِيثِ ابْنِ =

....

ولم يضعفه أبو داود(١)، وفي «المستدرك»(٢) عن رواية ابن عباس -رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا-

=

عُمَرَ؛ وَمِنْ حَدِيثِ ابْنِ عَبَّاسٍ؛ وَمِنْ حَدِيثِ ابْنِ مَسْعُودٍ؛ وَمِنْ حَدِيثِ أَنَسٍ. فَحَدِيثُ ابْنِ عُمَرَ: أَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُد فِي «سُنَنِهِ» عَنْ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ عَبْدِ الله الْغَافِقِيِّ وَأَبِي عَلْقَمَةَ، مَوْلَاهُمْ، أَنَّهُمَا سَمِعَا ابْنَ عُمَرَ يَقُولُ: قَالَ رَسُولُ الله ﷺ: «لَعَنَ الله الْخَمْرَ، وَشَارِبَهَا، وَسَاقِيَهَا، وَبَائِعَهَا، وَمُبْتَاعَهَا، وَعَاصِرَهَا، وَآكِلَ ثَمَنِهَا، وَمُعْتَصِرَهَا، وَحَامِلَهَا، وَالْمَحْمُولَةَ إلَيْهِ»، انْتَهَى. وَرَوَاهُ أَحْمَدُ، وَابْنُ أَبِي شَيْبَةَ، وَإِسْحَاقُ بْنُ رَاهَوَيْهِ، وَالْبَزَّارُ فِي «مَسَانِيدِهِمْ»، قَالَ الْمُنْذِرِيُّ فِي «مُخْتَصَرِهِ»: سُئِلَ ابْنُ مَعِينٍ عَنْ عَبْدِ الرَّحْمَنِ الْغَافِقِيِّ، فَقَالَ: لَا أَعْرِفُهُ، وَذَكَرَهُ ابْنُ يُونُسَ فِي «تَارِيخِهِ»، وَقَالَ: إنَّهُ رُوِيَ عَنِ ابْنِ عُمَرَ، وَرَوَى عَنْهُ عَبْدُ الْعَزِيزِ بْنُ عُمَرَ بْنِ عَبْدِ الْعَزِيزِ، وَعَبْدُ الله بْنُ عِيَاضٍ، وَأَنَّهُ كَانَ أَمِيرَ الْأَنْدَلُسِ، قَتَلَتْهُ الرُّومُ بِالْأَنْدَلُسِ سَنَةَ خَمْسَةَ عَشْرَ وَمِائَةٍ، وَأَبُو عَلْقَمَةَ مَوْلَى ابْنِ عَبَّاسٍ، ذَكَرَ ابْنُ يُونُسَ أَنَّهُ رَوَى عَنْهُ ابْنُ عُمَرَ، وَغَيْرُهُ مِنَ الصَّحَابَةِ: وَأَنَّهُ كَانَ عَلَى قَضَاءِ أَفْرِيقِيَّةَ، وَكَانَ أَحَدَ فُقَهَاءِ الْمَوَالِي انْتَهَى.

وَأَخْرَجَهُ الْحَاكِمُ فِي «الْمُسْتَدْرَكِ» مِنْ طَرِيقِ ابْنِ وَهْبٍ أَخْبَرَنِي عَبْدُ الرَّحْمَنِ بْنُ شُرَيْحٍ الْخَوْلَانِيُّ عَنِ ابْنِ عُمَرَ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ وَفِيهِ قِصَّةٌ، وَقَالَ: صَحِيحُ الْإِسْنَادِ، انْتَهَى.

وَرَوَاهُ إِسْحَاقُ بْنُ رَاهَوَيْهِ فِي «مُسْنَدِهِ» أَخْبَرَنَا أَبُو عَامِرٍ الْعَقَدِيُّ ثَنَا مُحَمَّدُ بْنُ أَبِي حُمَيْدٍ عَنْ أَبِي حُمَيْدٍ عَنْ أَبِي تَوْبَةَ الْمِصْرِيِّ، سَمِعْتُ ابْنَ عُمَرَ، يَقُولُ: قَالَ رَسُولُ الله ﷺ: «إنَّ اللَّهَ لَعَنَ الْخَمْرَ، وَغَارِسَهَا، لَا يَغْرِسُهَا إلَّا لِلْخَمْرِ، وَلَعَنَ مُجْتَنِيَهَا، وَلَعَنَ حَامِلَهَا إلَى الْمَعْصَرَةِ، وَعَاصِرَهَا، وَشَارِبَهَا، وَبَائِعَهَا، وَآكِلَ ثَمَنِهَا، وَمُدِيرَهَا» انْتَهَى.

وَفِي هَذَا اللَّفْظِ مَا يُؤَيِّدُ قَوْلَ الْمُصَنِّفِ، وَالْحَدِيثُ مَحْمُولٌ عَلَى الْحَمْلِ الْمَقْرُونِ بِقَصْدِ الْمَعْصِيَةِ، فَلْيُتَأَمَّلْ ذَلِكَ، وَالله أَعْلَمُ.

وَأَمَّا حَدِيثُ أَنَسٍ: فَأَخْرَجَهُ التِّرْمِذِيُّ، وَابْنُ مَاجَهْ عَنْ أَبِي عَاصِمٍ عَنْ شَبِيبِ بْنِ بِشْرٍ عَنْ أَنَسِ بْنِ مَالِكٍ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ «لَعَنَ فِي الْخَمْرِ عَشَرَةً» فَذَكَرَهُ، إلَّا أَنَّ فِيهِ، عِوَضَ: الْخَمْرِ، وَالْمُشْتَرَاةَ لَهُ؛ قَالَ التِّرْمِذِيُّ: حَدِيثٌ غَرِيبٌ مِنْ حَدِيثِ أَنَسٍ.

وَأَمَّا حَدِيثُ ابْنِ عَبَّاسٍ: فَرَوَاهُ ابْنُ حِبَّانَ فِي «صَحِيحِهِ» فِي النَّوْعِ التَّاسِعِ وَالْمِائَةِ، مِنَ الْقِسْمِ الثَّانِي، عَنْ مَالِكِ بْنِ سَعِيدٍ التُّجِيبِيِّ أَنَّهُ سَمِعَ ابْنَ عَبَّاسٍ يَقُولُ: «سَمِعْتُ رَسُولَ الله ﷺ يَقُولُ: أَتَانِي جِبْرَائِيلُ، فَقَالَ لِي: يَا مُحَمَّدُ إنَّ اللَّهَ لَعَنَ الْخَمْرَ» فَذَكَرَهُ بِاللَّفْظِ الْأَوَّلِ، إلَّا أَنَّ فِيهِ عِوَضَ: «وَآكِلَ ثَمَنِهَا، وَالْمُسْقَاةَ لَهُ» وَرَوَاهُ الْحَاكِمُ فِي «الْمُسْتَدْرَكِ»، وَقَالَ: حَدِيثٌ صَحِيحُ الْإِسْنَادِ، وَلَمْ يُخْرِجَاهُ، وَشَاهِدُهُ حَدِيثُ عُمَرَ، ثُمَّ أَخْرَجَ حَدِيثَ عُمَرَ. وَرَوَاهُ أَحْمَدُ فِي «مُسْنَدِهِ». وَأَمَّا حَدِيثُ ابْنِ مَسْعُودٍ: فَرَوَاهُ أَحْمَدُ، وَالْبَزَّارُ فِي «مُسْنَدَيْهِمَا» حَدَّثَنَا مُحَمَّدُ بْنُ إسْمَاعِيلَ بْنِ أَبِي فُدَيْكٍ ثَنَا عِيسَى بْنُ أَبِي عِيسَى عَنِ الشَّعْبِيِّ عَنْ عَلْقَمَةَ عَنْ عَبْدِ الله مَرْفُوعًا، بِلَفْظِ أَبِي دَاوُد، سَوَاءً.

(١) في «سننه» (٣/ ٣٢٦).
(٢) في (٢/ ٣٧).

وَيَحْرُمُ التَّفْرِيقُ بَيْنَ الْأُمِّ وَالْوَلَدِ ....

نحوه، وقال الحاكم: إنه صحيح الإسناد، وصححه ابن حبان، وترجم عليه بأن كراهته بيع العصير ممن يعصر الخمر وهو دال على النهي أليست في المعصية حرام، وهذا منه وقد جزم الأصحاب بصحته وترددوا في التحريم إذا ظن ذلك ظنًّا غالبًا، وهو معنى قول بعضهم تحقق ذلك فكرهه الأكثرون، وصحح الشيخ التحريم، وهو المختار.

وفي «الأم» على الكراهة ولعله أراد بها التحريم أو حيث لم يغلب على ظنه شيء.

وفي صحة البيع نظر عند تحقق اتحاد ذلك خمرًا، ويحتمل أن يجري فيه خلاف لمن يبيع الخيل والسلاح من الحربيين مع جواز ألا يستعينوا به علينا وأن يتوبوا، وألحق في «الرونق» ذلك مع التمر ممن يعمل النبيذ ومنع الزبيب ممن يعمل البيع، وبيع الحبوب ممن يعمل الأنبذة، وبيع الرديء ممن يتخذه مسكرًا.

قال: وليس بمحرم لإمكان أن يمنَّ الله عليهم بالتوبة، وألحق الغزالي وغيره بذلك بيع الغلمان الحسان لمن عرف بالفجور بهم، وكذا بيع ديك الهراش، وكبش النطاح لمن يتعاطى ذلك، وكذا يلحق به بيع القيان المغنيات لمن يحملهن على الغناء للناس أو العهر من أهل الحانات والخمارات، فإنهم يحملونهن عليه لا محالة والوجه تحريمه، وبيعهن عليهم.

وعدَّ الجرجاني من البيوع بيع الخشب ممن يتخذه ملاهي، قال في «الرونق»: يكره بيع السلاح ممن يقتل المسلمين من الظلمة والجبارين والمعتدين من السلاطين وأعوانهم وبيع السلاح من الكفار وبيع ما يعينهم على المسلمين في إدخال الضرر عليهم، وبيع الشباك ممن يصيد من الحرم.

وأفتى ابن الصلاح وغيره ببيع أمة على امرأة تحملها على الفجور وهو حق.

قال: **(وَيَحْرُمُ التَّفْرِيقُ بَيْنَ الْأُمِّ وَالْوَلَدِ)** أي: بالبيع أو بالهبة أو القسمة ونحوه للحديث «**من فرق بين والدة وولدها فرَّق الله بينه وبين أحبته يوم**

....

القيامة»[1] حسنه الترمذي، وقال الحاكم: صحيح على شرط مسلم.

وشرط التحريم رقهما واتحاد المالك، فلو كان أحدهما حرًّا أو كان واحدًا لمالك جاز البيع، قال المصنف: بلا خلاف وفيه وقفة، وألحق الغزالي في الفتاوى التفرقة بالسفر بالتفرقة بالملك وطرده في الزوجة الحرة ولدها بخلاف المطلقة لا يحرم لإمكان صحبتها له وهذا وإن استغرب نقلًا فالأحاديث تشمله ولا يحرم التفريق بالعتق.

وعن «البحر» ذكر وجه فيه، وعن «الحاوي» الجزم به ولا بالوصية على المذهب، وقيل: فيه القولان الاثنان.

وفي التفريق الرد بالعيب والبيع في الرهن وبالإقالة وبالفسخ بالفلس، وفي الرجوع بالصداق والبيع في الجناية خلاف والترجيح مضطرب.

قيل: وبيع جزء من أحدهما كبيعه، وكذا بيع بعض الولد مع حمله الأم أشار إلى منع الصحة فيه ابن الصباغ.

تنبيهات: المشهور بالقطع التحريم وذكر القاضي الحسين في الرهن أن النهي عن التفريق بين الأم وولدها محمول على التنزيه وهو غريب؛ فإن الدارمي قال في «السير»: لو كانت الأم مشتركة دونه فوجهان:

أحدهما: لا يفرق إذا كانت مأمونة، ويوافقه إطلاقهم هنا؛ لكنهم قالوا في الحضانة: لا حضانة لها، وقيل: لها إلى أن يميز وصحح المنع مطلقًا، فإن اتضح فرق وإلا فاقتضى بترجيح التفريق هنا إلا أن يقال: لا يلزم من عدم أهليتها للحضانة جواز التفريق على الإطلاق.

ثم رأيت في كتاب «الرهن» من شرح التلخيص للشيخ أبي علي، قال أصحابنا: لو ملك الكافر أبوين وولد لهما ولد فأسلم؛ تبعه الولد الصغير في إسلامه ويسلمان عليه دونها، ويجوز التفريق هنا للضرورة، انتهى.

---

(١) أخرجه الترمذي (١٥٦٦)، والحاكم (٢٣٣٣).

حَتَّى يُمَيِّزَ، ....

ومثله لو بيع الطفل السابي في الإسلام ثم ملك أمه الكافرة فله بيع أحدهما دون الآخر فيما يظهر، وألحق به ما في معناه.

قال القاضي الحسين: والمجنون البالغ كالصغير، ويزول التحريم بإفاقته، وكأن المراد الإفاقة الكلية أو الممتدة زمانًا طويلًا، وأما غيره فيقرب أنه كالمطبق ولا يزول التحريم برضاء الأم بالتفريق على الصحيح، ولو قطع عن الأم، وبيع مع الجدة فالمشهور التحريم والفرعان داخلان في كلام المصنف وذو الأبوين يحرم التفريق بينه وبين الأم فقط، فإن انفرد الأب حرِّم على الأظهر، وفي التفريق بين الأجداد والجدات عند فقد الأبوين أوجه، ثالثها: يحرم في حق الجدات فقط وجعل الْمُتَوَلِّي الجد للأم كالجد للأب في التحريم.

وقال الماوردي: هو كالمحارم فيجيء فيه وجه رابع، والأصح إلحاقهم بالأبوين، وإما كبقية المحارم، فلا يجزم قطعًا، وقيل: وجهان، وفي التفريق بين الأخوين حديث حسَّنه الترمذي ولفظه في مسند الإمام أحمد عن علي ﵁: **«أمرني رسول الله ﷺ أن أبيع أخوين، فبعتهما ففرقت بينهما، فقال: أدركهما فإن تجمعهما، ولا تبعهما إلا جميعًا»** ورجاله ثقات كبار.

وفي سنن ابن ماجه وغيره عن أبي موسى ﵁: **«لعن رسول الله ﷺ من فرَّق بين والدة وولدها، وبين الأخ وأخيه»**(١) في إسناده طليق ابن عمران بن حصين ﵁ ذكره ابن حبان في «الثقات».

وقال شيخنا الذهبي في «الكاشف»: وثِّق ولم أر فيه كلامًا، وقال في إسناده: جيد فهو حديث حسن أو صحيح، والجواب عنه، وعما قبله فيه عسرٌ، واللهُ أعلم.

قال: **(حَتَّى يُمَيِّزَ)** أي: ليستغني عن الحضانة والتعهد والتمييز أن يفهم

---

(١) أخرجه ابن ماجه (٢/ ٧٥٦، رقم ٢٢٥٠)، قال البوصيرى (٣/ ٣٢): هذا إسناد ضعيف لضعف طليق بن عمران، وإبراهيم بن إسماعيل، وله شاهد من حديث علي بن أبي طالب رواه أحمد والترمذي وابن ماجه. والبيهقى (٩/ ١٢٨، رقم ١٨١٠٢).

وَفِي قَوْلٍ حَتَّى يَبْلُغَ، وَإِذَا فَرَّقَ بِبَيْعٍ أَو هِبَةٍ بَطَلَا فِي الْأَظْهَرِ.

الخطاب ويرُد الجواب، وظاهر هذه العبارة الاكتفاء بالتمييز، وإن حصل قبل البيع، وعبارة الجمهور سبع سنين، فيجوز أن يكون إطلاقهم كذلك؛ لأنه مظنة التمييز كما في الحضانة وغيرها، ويجوز أن يعتبر هنا مع التمييز قبلها ليحصل له قوة واشتداد على الانفراد، وهذا أحسن.

قال: (**وَفِي قَوْلٍ حَتَّى يَبْلُغَ**) لعموم الحديث؛ ولأنه ﷺ نهى عن ذلك «**فقيل: يا رسول الله إلى متى؟ قال: حتى يبلغ الغلام، وتحيض الجارية**»[1] ضعفه الدارقطني، وقال الحاكم: صحيح الإسناد.

قلت: وهذا القول هو المختار عندي لما ذكرته؛ لأنها أشد ما يكون عليه حرقةً واستيفاءً، إذا ميَّز وكثر نفعه، كما سيأتي إن شاء الله تعالى في الحضانة، ولأنه وإن حصل له تمييز فهو ناقص قبل البلوغ، ولهذا جاز التقاط من لم يبلغ على الأصح.

وقيل: يجوز التفريق فيما بعد السبع قطعًا، وقيل: إن افتقر إلى كفايتها لم يجز، وإن استغنى جاز، وهذا حسن، فإن الأعمى أو الزَّمِن ونحوهما كالطفل في أكثر المعاني، وقد خالف الإمام أحمد في جواز التفريق بعد البلوغ، والإطلاق الأحاديث.

قال: (**وَإِذَا فَرَّقَ بِبَيْعٍ أَو هِبَةٍ**) أي: ونحوهما (**بَطَلَا فِي الْأَظْهَرِ**) لما سبق، ولرواية أبي داود عن ميمون بن أبي شبيب، وفي نظري صدوق عن علي رضي الله عنه «**أنه فرق بين جارية وولدها؛ فنهاه النبي ﷺ عن ذلك وردَّ البيع**»[2].

قال أبو داود: وميمون لم يدرك عليًّا، ورواه الحاكم، وقال: إسناده صحيح.

---

(١) أخرجه الدارقطني (٢٥٨) والحاكم (٢٢٩٥). قال الحافظ في «التلخيص» (٣/ ٣٧٣): وَفِي سَنَدِهِ عِنْدَهُمَا عَبْدُ الله بْنُ عَمْرو الْوَاقِعِيِّ وَهُوَ ضَعِيفٌ، رَمَاهُ عَلِيُّ بْنُ الْمَدِينِيِّ بِالْكَذِبِ، وَتَفَرَّدَ بِهِ عَن سَعِيدِ بْنِ عَبْدِ الْعَزِيزِ، قَالَهُ الدَّارَقُطْنِيُّ.

(٢) أخرجه أبو داود (٣/ ٦٣، رقم ٢٦٩٦)، والحاكم (٢٥٧٥) والبيهقي (٩/ ١٢٦، رقم ١٨٠٨٥).

وَلَا يَصِحُّ بَيْعُ الْعُرْبُونِ بِأَنْ يَشْتَرِيَ وَيُعْطِيَهُ دَرَاهِمَ لِتَكُونَ مِنَ الثَّمَنِ إنْ رَضِيَ السِّلْعَةَ، وَإِلَّا فَهِبَةً.

وقال البيهقي: وهو أولى أن يكون محفوظًا لكثرة شواهده، ولعدم القدرة على التسليم شرعًا، والثاني: لأن النهي عن الإضرار لا يحلل في المبيع، وهذا القول قديم، وبالأظهر قطع جماهير العراقيين، فعلى القديم لا يُقرَّا على التفريق قبل أن يتراضيا على ضم أحدهما إلى الآخر، ثم البيع ونحوه، وإلا فسخ، قاله ابن كج، والماوردي.

وعن «شرح المختصر» لابن داود، إننا إذا صححنا هل يبقى للأم الحضانة؟ وجهان: ومراده استحقاق المنع من التفريق إذ لا حضانة لرفيقة، وهذا يقتضي إثبات خلاف فيما ذكره القاضيان، والقولان فيما بعد سقيه اللبأ[1] أمْ قبله فباطل جزمًا.

قال الماوردي: ووجود مرضعة أخرى يتم رضاعه، وحكى الماوردي الخلاف في المسير وجهين، ونسب القول بصحة البيع إلى البصريين.

فرع: قال الشيخ أبو علي في «شرح التلخيص»: قال أصحابنا: لو ملك آدمي أبوين وولدًا فأسلم الأب؛ كان الولد الصغير مسلمًا بإسلامه، ويباع الأب والولد عليه دونها، ويجوز التفريق هنا للضرورة، فنستثني هذه الصورة من إطلاق الكتاب وغيره.

قال: **(وَلَا يَصِحُّ بَيْعُ الْعُرْبُونِ بِأَنْ يَشْتَرِيَ وَيُعْطِيَهُ دَرَاهِمَ لِتَكُونَ مِنَ الثَّمَنِ إنْ رَضِيَ السِّلْعَةَ، وَإِلَّا فَهِبَةً)** هذا إذا شرطا ذلك في نفس العقد، أما لو قاله: قبله ولم يتلفظا به حالة العقد فالبيع صحيح على المذهب.

والأصل ما رواه مالك في «الموطأ» عن الثقة عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده رضي الله عنه **«أن النبي ﷺ نهى عن بيع العربان»**[2] ورواه أبو داود وابن

---

(١) اللبأ: هو أوَّل اللبن في النِّتاج. انظر «الصحاح» (٢/ ١٣٠).

(٢) أخرجه مالك في «الموطأ» (١٢٩٣) وأبو داود (٣٥٠٤) وابن ماجه (٢٢٧٦) وأحمد (٦٨٩٤) والبيهقي (١٠٦٥٦).

....

ماجه من حديث مالك أنه بلغه عمرو بن شعيب.

قال البيهقي: ورواه حبيب بن أبي حبيب عن مالك عن عبد الله بن عامر الأسلمي عن عمر، وفسر مالك ذلك بالشراء أو الكراء على الوجه المذكور على تقدير الانقطاع، فقد قال سفيان بن عيينة: إن مالكًا لم يكن يُبلغ من الحديث إلا صحيحًا، ويعضده المعنى أنه مشتمل على شرطين فاسدين من الهبة، والرد على تقدير ألا يرضى.

وقال أبو عليّ في «شرح التلخيص»: العربون هو أن يشتري ما لم يتخذه، ويعطي العربون عليه مثل أن يشتري من إسكافي جوزًا لم يتخذه أو شيئًا لم يتخذه، ويقدم له العربون بالبيع؛ لأنه باع عينًا لم توجد، وليس بيع صفقة في الذمة.

قال الشَّافِعِي في «التصرف»: ولو نسج حائك نصف الثوب، فقال: بعني هذا الثوب على أن تنسج الباقي وسلمه إليَّ بكذا، وكان البيع باطلًا، قال: فإن أعطى العربون على هذا فاتخذه، ثم جددا بيعه بعد اتخاذه كان البيع نافذًا، وقد عصى الله تعالى إن كان عالمًا بالحديث.

قال: وقيل: هو أن يشتري العبد أو يشتري الدابة ثم يعطيه العربون على أنه رضيه أمسكه بالثمن الذي تراضيا عليه، ويكون ما دفعه إليه محسوبًا من الثمن، وإن لم يرضه كان ما أعطى للمدفوع إليه، وكذا كان يفعله أهل الجاهلية، فأما إذا دفع إليه شيئًا ليعجل له اتخاذ ذلك الشيء، ولم يشتر في الحال ثم إذا اتخذه اشتراه، وحسب ما دفع إليه من ثمنه؛ فهذا ليس فيه كراهة، ولم يرد النهي عنه، انتهى، وفيه فوائد.

فرع: قال بعض أصحابنا: لا يصح بيع العربان للنهي عنه، وهو أن يقول: بعتك من هذه الجوالق أو الغنم ما يقع عليه عُراب، وهذا إن كان له أصل؛ فهو من بيوع الجاهلية، وفساده ظاهر.

فرع: باع شيئًا واستثنى منفعته مدة معلومة فالبيع باطل، وقيل: فيه وجهان، وبالصحة قال أبو ثور، ومحمد بن نصر المروزي، وابن خزيمة، وابن المنذر،

فَصْلٌ: بَاعَ خَلًّا وَخَمْرًا أَو عَبْدَهُ وَحُرًّا أَو وَعَبْدَ غَيْرِهِ أَو مُشْتَرَكًا بِغَيْرِ إِذْنِ الْآخَرِ صَحَّ فِي مِلْكِهِ فِي الْأَظْهَرِ، ....

وأهل الحديث لحديث: «بعير جابر»[1] المشهور، والجواب عنه صعب.

قال: (**فَصْلٌ بَاعَ خَلًّا وَخَمْرًا أَو عَبْدَهُ وَحُرًّا أَو وَعَبْدَ غَيْرِهِ أَو مُشْتَرَكًا بِغَيْرِ إِذْنِ الْآخَرِ صَحَّ فِي مِلْكِهِ فِي الْأَظْهَرِ**) أي: قصرًا للفساد على الفساد؛ لأنه باع سببين مختلفي الحكم فيأخذ كلٌّ حكمه لمن باع شِقصًا يثبت الشفعة في الشِّقص إفرادًا لكل واحد بحكمه، وبهذا قال: المزني، وتابعه الجمهور، والثاني: يبطل فيهما، واختاره الربيع ورجحه، وقال: إنه الذي يذهب إليه الشَّافِعِي.

وقال في باب الاختلاف في الكتاب الثالث عشر من «الأم»: إن القول الذي رجع إليه الشَّافِعِي - رَحِمَهُ اللَّهُ تعالى - إبطال تفريق الصفقة، انتهى.

وهذا رواية المذهب قد شهد بذلك، ففي النفس حزازة من ترجيح الأول، والفتوى به غير مذهب الشَّافِعِي، وهذا القول اختاره الماوردي في بعض المواضع.

وقال صاحب «اللطيف»: إنه الأقوى، وحكى الْجُورِي وغيره في المسألة من رأيين ثلاثة أقوال ثالثها: يصح فيما تتقسط الثمن على أجزائه دون قيمته، وصححه الغزالي وطائفة، وفي علة القول الثاني وجهان، وقيل: قولان من جهة المذهب الجمع بين الحلال والحرام، فيغلب الحرام، وجوابه أن التغليب حيث يقال به، إنما يكون عند الاختلاط، وعدم إمكان التمييز، وأصحهما عند الغزالي جهالة ما يخص ملكه من العوض كما لو باعه بما يخصه من الأُلف ووزع عليه، وعلى عبد فلان، وجوابه أن عبد فلان ليس داخلًا في المقابلة، فكل المسمى مجهول.

وذكر الشيخ أبو علي البطلان في «شرح التلخيص» ثلاث معانٍ ثالثها أنه لم يبع ما هو فاسد؛ بطل العقد بالشرط الفاسد في الصحيح.

قال: وإلى هذا القول أشار في «الإملاء»، ثم ذكر التفريع على المعاني الثلاث.

---

(١) انظر: كشف الخفا للعجلوني (١/ ١٠٧).

....

تنبيهات: منها: مفهوم قوله بغير إذن الآخر مقصور على المشترك، أما لو باع عبده وعبد غيره بإذنه صفقة بطل فيهما على المذهب، وقد ذكرنا أربعة أمثلة، فأما عبده وعبد غيره فاتفقوا على القولين فيها، وكذلك عبده ومكاتبه أو مستولده أو الموقوف، والصحيح أنه لا فرق بين أن يكون المشتري عالمًا بالحال أو جاهلًا.

وقال الشيخ أبو محمد: القولان إذا كان جاهلًا فإن علم بطل قطعًا، واستثناه الإمام، والغزالي، ورجحه بعض المتأخرين، قال: لأنه بيع غرر، فيكون كمن اشترى عبد جميع بعوض، ومقاله ظاهر متجه جدًّا.

وأما العبد والحر فالصحيح أنه على القولين، وقيل: يبطل في العبد قطعًا؛ لأن الحر ليس بمال، وإنما يقدر تقويمه بفرضه رقيقًا، والخل والخمر على الطريقين في الأصح.

وقيل: يبطل قطعًا؛ لأن التقويم فيه لا يتأتى من غير فرض بتغير في الخلقة، والمفروض في الحر الرق، وهو أمر حكمي، وأما العبد المشترك، فقيل: يصح في نصيبه قطعًا، والأصح أنه على القولين.

ومنها: خرج الأئمة على التغليبين المشهور بين مسائل مبتدرة لا تنحصر، فمنها ما ذكره الشيخان هنا تبعًا للبغوي لو ملك كل منهما عبدًا فباعاهما بثمن واحد، وباع واحد عبدًا من زيد، وعبدًا من عمرو بثمن واحد إن عللنا بالجمع صحَّ، أو بالجهالة لم يصح، انتهى.

وهذا البناء بما يحسن في العقد الواحد، وهذان عقدان؛ لأن الصفة تتعدد بتعدد البائع، وكذا بتعدد المشتري في الأظهر، وحينئذٍ قالوا مع عقدين عن كل منهما مجهول، فلذلك كان المذهب البطلان، والمتجه إما ترك البناء، أو يقال: إن عللنا بالجهالة بطل أو بالجمع، فكذا في الأصح لتعدد الصفقة، وحصة كل منهما من الثمن لا بدَّ من كونها معلومة، وصورة المسألة أن يقولا: بعناك هذين بكذا، أو يوكلا، أو يوكل أحدهما صاحبه، ولا فرق بين بيعهما بأنفسهما أو بوكيلهما، وفيه بحث لابن الرِّفْعَة أشرت إليه في «الغنية».

....

ومنها: قال الشيخ أبو علي مفرعًا على المعاني الثلاث: إن عللنا بالجمع بين الحلال والحرام؛ فلا فرق بين شيئين يختلف قيمتاهما، أو يتقسط الثمن على أجزائهما، وكانا شيئًا واحدًا، أو يزوج أخته أو أجنبية أو حرة أو أمة، أو كان هبةً، أو رهنًا مشروطًا في العقد في أن الكل يبطل.

فإن قلنا: إن المعنى أن الفاسد يصير مشروطًا في الصحيح؛ بطل في النكاح إذا جمع بين حرة وأمة، أو بين أخته وأجنبية، فيصح في الحرة والأجنبية، ويبطل في الأخرى، وهما في حكم عقدين.

ألا ترى أنه لو قال: زوجتك هاتين المرأتين؛ فقبل في أحدهما صح بخلاف البيع، وإن قلنا: إنما بطل للتوزيع فلا يبطل العقد فيما يتوزع الثمن على القيمتين لعبدين أو ثوبين، وكذا لو باع عبدًا وحرًّا، انتهى.

ومنها: إذا باع النصاب، وفيه الزكاة فإن كان من الثمار أو النقدين فكالعبد المشترك، وإن من الماشية؛ بطل في الجميع خلافًا لما قاله الشيخان هناك، وربما ثبت ذلك هناك أو في «الغنية».

ومنها: صور الشيخ أبو محمد الجمع بين الحر والعبد الذي يجري فيه القولان أن يقول: بعتك هذين العبدين، قيل: ولا شكَّ أن قوله: هذين بمنزلته، أما لو قال: بعتك هذا العبد والحر، أو هذا الخل والخمر، فالذي يظهر أن الحكم كذلك، وكلام أبي حامد يفهم خلافه، وهو قياس ما فرعوه على القول الضعيف في الصداق من إيجاب مهر المثل.

وهاهنا: هل يقال: يبطل البيع أو يخير بكل الثمن؟ لم أر فيه نقلًا، وهذه الاضطرابات توجب تصحيح القول بتفريق جهالة الثمن.

قلت: ولعل أبا حامد يقول: إن موضع الخلاف، أما إذا ظن المشتري رقهما، أما لو علم فلا، كما قاله الجويني.

ومنها: لو كان بينهما أرض مناصفة فعين أحدهما ومنها قطعة مدورة، وباعها بغير إذن شريكه.

فَيَتَخَيَّرُ الْمُشْتَرِي إنْ جَهِلَ فَإِنْ أَجَازَ فَبِحِصَّتِهِ مِنَ الْمُسَمَّى بِاعْتِبَارِ قِيمَتِهَا، وَفِي قَوْلٍ بِجَمِيعِهِ، ....

قال الْبَغَوِي: لا يصح البيع في شيء منها على كل قول، وهو كما قال، وقس بهذا ما في معناه.

ومنها: غصب نصف عبد ثم باع هو وصاحب النصف الآخر جميعه؛ بطل في المغصوب، وصح في نصيب الشريك، وقيل: على القولين.

قال الإمام في أواخر الشركة: وهو هفوة، ومأخذه إيجاد اللفظ، وإن كانت الصفقة متعددة، ولو وكل الغاصب الشريك أو بالعكس خرجها الماوردي على القولين.

ومنها: لو ملك نصفًا شائعًا مثلًا من عين، فباع النصف منها وأطلق، أو وهبه، أو وقفه، أو أوصى به؛ اختص بما يملك على الأصح، وقيل: يشيع فيبطل في الربع، ويخرج في الربع الآخر على القولين.

واعلم أنه يخرج عن قاعدة تفريق الصفقة صور كثيرة على خلاف ووفاق، منها لو أجر الراهن المرهون مدة تزيد على المحل، صحح الرَّافِعِي بطلان المحل، وخرج الماوردي والمتولي الزائد على القولين، ولو استعار ما يرهنه بمقدار، فزاد عليه بطل في الكل على الصحيح بمخالفة الإذن، ولم يخرجوا المساوي أو أوصى من لا وارث له بأكثر من الثلث، ولو زاد في العرايا على القدر الجائز بطل في المحل، وعن الْجُورِي تخرجه في الجائز على القاعدة.

فرع: لو باع معلومًا، ومجهولًا، أو معدودًا تعين البطلان لوجود علته إلا إذا قلنا: إنه يجبر محل الثمن.

قال: (**فَيَتَخَيَّرُ الْمُشْتَرِي إنْ جَهِلَ**) التبعيض للصفقة عليه.

قال ابن الرِّفْعَة: والخيار على الفور؛ لأنه خيار بعض.

(**فَإِنْ أَجَازَ فَبِحِصَّتِهِ مِنَ الْمُسَمَّى بِاعْتِبَارِ قِيمَتِهَا**)؛ لأنه أوقع ومقابلتهما معًا.

(**وَفِي قَوْلٍ بِجَمِيعِهِ**) لأنه لغى ذكر المضموم فيقع الثمن في مقابلة الصحيح، والقولان فيما يتقسط الثمن عليه بالقيمة والأجر.

وَلَا خِيَارَ لِلْبَائِعِ. وَلَوْ بَاعَ عَبْدَيْهِ فَتَلِفَ أَحَدُهُمَا قَبْلَ قَبْضِهِ لَمْ يَنْفَسِخْ فِي الْآخَرِ عَلَى الْمَذْهَبِ، ....

وقيل: يخير فيما يتقسط بالأجزاء قطعًا، وفيما يتقسط بالقيمة بالمسمى، وحكاه بعضهم قولًا مع قول رابع أنه إن كان الآخر له قيمة وجب القسط، وإن لم تكن له قيمة كالخمر ونحوه وجب المسمى، وهما طريقان آخران ويحل القولان، وجمع صاحب «التعجيز» بين هذه الصورة وصورة التفريق في الدوام.

وحكى فيهما سبعة: أن سابعها إن كان عالمًا لزمه جميع الثمن، وإن كان المشتري عالمًا بالحال والتفريع على غير طريقة الشيخ أبي محمد، والقلب إليه أميل فلا خيار له، وفيما يلزمه من الثمن القولان، وقطع جماعة هنا بوجوب الجميع، ولا خفاء لو كان ربويًّا من جنس واحد فبالصحة بلا خلاف، وكذا لو خرج أحد عوضي الربا مستحقًا، وصححنا العقد في الباقي، فالواجب حصته بلا خلاف، وكذا لو نكح مسلم مجوسية؛ لأنه لا جهالة، ولو ألزمناه الكل لم يجد مخرجًا بخلاف البيع، وفيه وجه أنه يلزمه تمام المسمى، وله الخيار في رده إلى مهر المثل.

قال الإمام: هذا لا يخلصه من الضرر، وإنَّ مهر المثل قد يكون مثل المسمى أو أكثر.

إشارة: القسط فيما ذكروه إن كان جنسًا أو جنسين مختلفا الأجزاء فباعتبار قيمتهما، وإلا فالجزية ويقدر الحر عبدًا، ويقدم وإن كان المضموم إلى ملكه خمرًا أو خنزيرًا؛ فكيف يقدر وتقدم فيه اضطراب للمصنف يطول ذكره بينته في «التوسط» إن شاء الله تعالى.

قال: (**وَلَا خِيَارَ لِلْبَائِعِ**) أي: إن قلنا الإجارة بالجميع قطعًا، وكذا إن قلنا: بالقسط على الأصح لبعد ظنه، وصحح الجرجاني مقابله، ولم أر التصريح بأن التصوير في العالم بالجاهل أو أعم، وقد يقال: يخير الجاهل دون العالم.

قال: (وَلَوْ بَاعَ عَبْدَيْهِ فَتَلِفَ أَحَدُهُمَا قَبْلَ قَبْضِهِ لَمْ يَنْفَسِخْ فِي الْآخَرِ عَلَى الْمَذْهَبِ) أي: لانتفاء المعنيين السابقين في الابتداء، وقيل: على القولين؛ لأن التفريق الطارئ قبل القبض كالمقارن، وهذا النوع من تفريق الصفقة في

بَلْ يَتَخَيَّرُ، فَإِنْ أَجَازَ فَبِالْحِصَّةِ قَطْعًا.وَلَوْ جَمَعَ فِي صَفْقَةٍ مُخْتَلِفَيْ الْحُكْمِ كَإِجَارَةٍ وَبَيْعٍ أَو سَلَمٍ صَحَّا فِي الْأَظْهَرِ، وَيُوَزَّعُ الْمُسَمَّى عَلَى قِيمَتِهِمَا ....

الدوام، والأولى تفريقها في الابتداء أو الطريقان إذا كان التلف قبل قبضهما معًا؛ فإن كان أحدهما مقبوضًا باقيًا، فعلى الخلاف، وأولى بعدم الانفساخ للتأكد بالقبض، فإن كان المقبوض، لم يتلف في يد المشتري؛ فالقول بالانفساخ فيه أضعف لنقله من ضمانه.

وقول المصنف: قبل قبضه يشمل الصور الثلاث، وانهدام الدار المستأجرة كالصورة الثانية، وإعتاق المشتري كالتلف في يده.

قال: (**بَلْ يَتَخَيَّرُ**) كما في الابتداء سواء كان الآخر في يد البائع أم في يد المشتري باقيًا، فإن كان تالفًا فالأصح في تعليق القاضي الحسين أنه لا خيار له؛ لأن العقد بالتلف استقر قراره، فعلى هذا عليه حصته من الثمن وحصة المدة الماضية من الأجرة، والباقي له الفسخ، ويرد قيمته، ولك أن تقول: إن كان هذا خيار عيب، وجب القطع بامتناعه بالتلف كسائر العيوب.

قال: (فَإِنْ أَجَازَ فَبِالْحِصَّةِ قَطْعًا) لصحة المقابلة، وعبارة «المحرر» بلا خلاف. وقيل: على القولين نقلاها في «الشرح» و«الروضة»؛ فإن قلنا: يخير بجل الثمن فلا خيار للبائع، وإلا فوجهان.

قال القاضي أبو الطيب: كما ذكرنا فيما مضى يعني: الابتداء، ومقتضى ذلك أن يكون الأصح عدمه، ولك أن تقول هنا: عللنا بالتفريط، وهو مفقود هنا.

قال: (**وَلَوْ جَمَعَ فِي صَفْقَةٍ مُخْتَلِفَيْ الْحُكْمِ كَإِجَارَةٍ وَبَيْعٍ**) كأجرتك داري سنة، وبعتك عبدي هذا بكذا (**أَوْ سَلَمٍ صَحَّا فِي الْأَظْهَرِ**) كما لو أورد كلًا منهما.

(**وَيُوَزَّعُ الْمُسَمَّى عَلَى قِيمَتِهِمَا**) كما لو باع ثوبًا وشقصًا من دار، فإنه يجوز، وإن اختلفا في حكم الشُّفعة، واحتجنا إلى التقويم نسبها.

والثاني: يبطلان؛ لأنه قد يعرض الانفساخ في أحدهما فيوزع، وتلزم الجهالة، ويجري القولان في الجميع بين بيع وصرف كبعتك هذا الثوب، وهذا الدينار بهذه الدراهم.

....

قال بعض مشايخنا: والذي رأيته منصوصًا للشافعي صحة البيع والصرف، وفساد البيع، والإجارة، والسلم إلى أجلين، وقطع بعض الأصحاب في السلم إلى أجلين بالصحة انتهى.

وطردهما القاضي الحسين وغيره في السلم في جنسين، أو في جنس إلى أجلين، وفي بيع عبدين شرط الخيار في أحدهما فقط، ورأى أحدهما فقط إذا جوزنا ببيع الغائب، ولو جمع بيعًا وكتابة ككاتبتك، وبعتك هذا الثوب بكذا إلى نجمين فقيل على القولين، والصحيح القطع ببطلان البيع، وتحريم الكتابة على بيع عبده وعبد غيره.

تنبيهات: قال الرَّافِعِي: المسابقة، ذكر الصيدلاني أنه لو اشترى ثوبًا، وعاقه عقد السبق بعشرة فإن جعلنا المسابقة لازمة فهو كما لو جمع في صفقة واحدة بيع وإجارة، وفيه قولان وإن جعلناها جائزة لم يجز؛ لأن الجمع بين جعالة لا يلزم، وبيع يلزم في صفقة واحدة لا يمكن هذا اللفظ.

فقال: من شرح الكتاب أحدًا من هذا محل الخلاف أن يكون العقدان لازمين فلو جمع بين بيع وجعالة لم يصح قطعًا قاله الرَّافِعِي في المسابقة، **قلت**: وفيه نظر فإن ابن الْقَطَّان ذكر من أمثلة القولين ما أحد العقدين جائز، ومنها الإجارة والكتابة، ثم قال: وكذلك كل شيئين جُمعا في عقد واحد من جنسهما مختلف، والمعنى يؤيده فاعلم.

ثم قال: ويرد على عبارة المصنف: ما إذا خلط ألفين بألف لغيره، وقال صاحب الألفين: شاركتك على أحدهما، وقارضتك على الأخرى، وقيل: فإنه يصح ولا يتحرج على الخلاف قاله الْمُتَوَلِّي، وعلله الرَّافِعِي في باب القراض أنهما راجعان إلى الإذن في التصرف، فيرد عليه ما لو باع ثوبًا وشقصًا من دار فإنه يصح بلا نزاع مع اختلافهما في الحكم، انتهى.

وأجيب عن هذا بأنه ليس المراد مطلق الأحكام بل أسباب الفسخ والانفساخ، **قلت**: وصرح الدارمي بجريان القولين فيها وهو الحق ولفظه،

أَو بَيْعٍ وَنِكَاحٍ صَحَّ النِّكَاحُ، وَفِي الْبَيْعِ وَالصَّدَاقِ الْقَوْلَانِ، وَتَتَعَدَّدُ الصَّفْقَةُ بِتَفْصِيلِ الثَّمَنِ كَبِعْتُكَ ذَا بِكَذَا وَذَا بِكَذَا، وَبِتَعَدُّدِ الْبَائِعِ. ....

ويجوز جمع شيئين يختلف حكمهما كشقص، وسيف، وآنية، وغيره كأخته وأخيه، وقياس إقراره في الثاني باطل؛ لأن لفظه لهما فإذا بطلت بطل، ويجهل الثمن وقياس أختين، انتهى.

ويجاب عن الأول بأن المراد العقود اللازمة، وأما الجائزة فبابها واسع.

قال: **(أَوْ بَيْعٍ وَنِكَاحٍ صَحَّ النِّكَاحُ)** قالا: بلا خلاف أي: بناء على المشهور النكاح لا يفسد بفساد الصداق.

وقال الدارمي: قال المروزي يصح النكاح، وقيل غيره القولان.

قال: **(وَفِي الْبَيْعِ وَالصَّدَاقِ الْقَوْلَانِ)** فإن صححنا وزع المسمى على قيمة المبيع، وتميز المثل وإلا سقط المسمى كله، ووجب في النكاح مهر المثل، وهكذا البيع والخلع يصح الخلع، وفي المسمى والبيع القولان وصورة النكاح والبيع، زوجتك عبدها بكذا إذا كانت في حجره أو وكيله أو زوجتك أمتي، وبعتك عبدي بكذا إذا كان ممن تنكح الأمة.

قال: **(وَتَتَعَدَّدُ الصَّفْقَةُ بِتَفْصِيلِ الثَّمَنِ كَبِعْتُكَ ذَا بِكَذَا وَذَا بِكَذَا)** أي: سواء فصَّل المشتري في القبول على المذهب عندهما أم لا، وقيل: إن فصل كما فصل البائع، فكذلك وإن قال: قبلتهما أو قبلت فيهما فالصفقة متحدة فإن لم يفرق الصفقة لم يصح في ماله المضموم إلى مال غيره، وإن فرقناها صح.

وقال الْمُتَوَلِّي: إنه لو فصل البائع والمشتري إذا عللنا بالجمع بين الحلال والحرام يجزئ القولان؛ لاتحاد الصيغة، وهو المختار.

فحصل في محل القولين في ثلاث طرق: إذا باع ماله ومال غيره صفقة، ولو تعددت الصيغة، وفصلا الثمن تعددت الصفقة صورة ومعنى باتفاق الطرق.

قال: **(وَبِتَعَدُّدِ الْبَائِعِ)** كقولهما: بعناك هذا بكذا، والمبيع مشترك بينهما، فإن قيل: يصيبهما جملة صح قطعًا، وإن قيل: يصيب أحدهما فقط فقد نقل الإمام عن الأصحاب: أنه لا يصح ورجحه الرَّافِعِي.

وَكَذَا بِتَعَدُّدِ الْمُشْتَرِي فِي الْأَظْهَرِ، ....

قال الْمُتَوَلِّي: المذهب الصحة.

قلت: وهو الأصح والقياس، وبه جزم الشيخ أبو حامد، والقاضي أبو الطيب، والبندينجي، والماوردي، وابن الصباغ، والجرجاني.

وقال الإمام: إنه أظهر في القياس، ورجحه الغزالي، والروياني في «الحلية»، وابن الرِّفْعَة في «المطلب» مستدلًا بأنه لو وقف صحة قبول نصيب أحدهما على قبول نصيب الآخر لما صح العقد.

واعلم أنهم لم يترددوا في التعدد بتعدد البائع، وجعلوا أصح الوجهين أن لأحدهما الانفراد بأخذ ثمن نصيبه، وأنه لو اشترى شقصًا من اثنين أن للشفيع أخذ نصيب أحدهما وأنه لو اشترى في العرايا تسعة أوثق من اثنين صح.

فرع: هل يشترط علم المشتري بنصيب كل منهما؟

قال الأصحاب: لا، وقال الرُّويَانِيّ: إنه لو كان له عبد فباعه المالك وغيره، فإن قالا جميعًا: بعناك هذا العبد، أو قال المالك: بعتك، وقال غيره: بعناك، فقال: اشتريت منكما كان مشتريًا لنصفه بنصف الثمن، فإن قال المالك: بعتك هذا العبد، وقال الآخر: بعتك هذا العبد، فقال: اشتريته منكما كان مشتريًا نصف العبد أيضًا، بنصف الثمن من مالكه، وفي الصورة الأخيرة نظر إن أريد تصحيح البيع في النصف فإن المالك أوجب له فيها جميع العبد فقبل منه النصف، وقد صرح بالصحة على ما رأيته في غير نسخة بالفتاوى، وأحسبه تحريف من ناقل أو خلل وقع في النسخ.

قال: (**وَكَذَا بِتَعَدُّدِ الْمُشْتَرِي فِي الْأَظْهَرِ**) أي: كالبائع وبه قطع الأكثرون.

والثاني: لأن المشتري في الأظهر يبني على الإيجاب السابق، وهذا الثاني مأخوذ من القول بأنه ليس لأحدهما إفراد نصيبه بالرد، وأبعد السمعاني.

فقال: بالاتحاد وإن جوزنا الإفراد فعلى الأظهر لو وقزا أحدهما نصيبه من الثمن، وجب تسليم قسطه من المبيع كما يسلم المشاع. وإن قلنا: بالاتحاد فكما لو اشترى وأخذ عينًا، وسلم نصيب ثمنها، والأصح أنه يجب تسليم شيء إليه،

....

وقيل: يجب، وخصه الإمام، والرافعي وغيرهما بما إذا كان ينقسم، وادعى المصنف أنه لا خلاف فيه، وأطلق جماعة الخلاف وهو الأقرب، واستدلا لهم بعدم إمكان التسليم ممنوع؛ لأنه لا يسلم مشاعًا إلى الحاكم والمشتري على أن نصف الأجر وديعة، وحق الجنس لا يبطل بالإيداع في الأصح.

ولو اشترى اثنان من اثنين فهو حكم أربعة عقود فلكل واحد منهما اشترى رد ربع بالعيب، أو من ثلثه فَكَتُسع فلكل رد سبع وهكذا، وصوره تعدد المشتري أن يقول: نصفه البائع: بعتكما هذا العبد بألف، فيقولا: اشترينا، أو يقول كل منهما اشتريت نصفه بخمسمائة سواء قالا معًا، أم أحدهما بعد الآخر إذا لم يطل الفصل، وللإمام في هذه احتمال، ولو قبل أحدهما فقط فقد سبق بيانه قريبًا.

واختلاف الترجيح فيه عند تعدد البائع، وما قدمناه هناك عن الأئمة فقد صرحوا به في هذه الصورة، وبعضهم في الأولى والصورتان سواء بلا شك.

تنبيه: فائدة تعدد الصفقة يظهر في أمور منها الرد بالعيب، وفي الرد بخيار الرؤية، أو الشرط، أو المجلس وفي الإفراد بالقبول على الأصح.

فروع: لو قال: بعتك بأزيد هذا بكذا، أو بعتك بأعم وهذا بكذا، فقيل: أحدهما فقط؛ صح بلا خلاف، ولم ينظروا إلى تحلل الإيجاب نعم، وبين الإيجاب لزيد وقبوله، ولعله بناء على أن الكلام اليسير المتخلل بين الإيجاب والقبول لا يضر، وقد يقبل زيد عقيب إيجابه له فلا يجيء هذا، ولو قال: بعتك هذين العبدين بألف فقال: قبلت هذا بخمسمائة، وإنما نخصه من الألف لم يصح.

ولو قال: بعتك هذين العبدين بألف كل منهما بخمسمائة فقبل أحدهما.

قال الْمُتَوَلِّي: المذهب أن العقد صحيح، وقيل: لا، وكذا قاله شيخه القاضي، أو قال: بعتك عبدي بألف، وجاريتي بخمسمائة فقبل أحدهما بعينه، فالظاهر الصحة فأشار إلى الخلاف المذكور.

ورأيت في فتاوى الْقَفَّال أنه يحتمل وجهين:

أحدهما: لا يجوز كما لو قال: أشريتك الدار سنة كل شهر بدرهم فقال:

وَلَوْ وَكَّلَاهُ أَو وَكَّلَهُمَا فَالْأَصَحُّ اعْتِبَارُ الْوَكِيلِ].

قبلت في شهر لم يجز، وكذا في الصبرة.

والثاني: يجوز؛ لأنه في حكم صفقتين، قال: والفرق بين هذا وبين قبوله في بعض القفازين أن هناك أجزاء متساوية فكانت الصيغة واحدة، وإنما ذكر التفريق على الأجزاء ليبين ما يخص كل جزء منها لا التقدير، وأما هاهنا فالبيع غير متساوي الأجزاء فكان ذكر عوض كل واحد منهما التقدير فصارا صفقتين، كما لو باع كل واحد مفردًا حتى لو قال: بعتك هذا العبد بألف درهم، وهذه الجارية بألف درهم فقبل في أحدهما يجوز.

قال: **(وَلَوْ وَكَّلَاهُ أَو وَكَّلَهُمَا فَالْأَصَحُّ اعْتِبَارُ الْوَكِيلِ)** وبه قال ابن الحداد؛ إذ لأنه العاقد وأحكام العقد من الخيار وغيره متعلقة به.

والثاني: المعقود له؛ لأن الملك له، وهو الأصح في «الوجيز»، وفي كثير أو أكثر نسخ «المحرر» بخلاف الشرحين، وبناهما القاضي الحسين على العُهدة.

والثالث: العاقد في طرف الشراء، والمعقود له في طرف البيع، قاله أبو إسحاق ونقله الرُّويَانِيّ عن الْقَفَّال، وهذا إذا كان الشراء في الذمة بأن كان بمعين فهو كالوكيل في البيع.

والرابع: عكسه، حكاه القاضي الحسين.

والخامس: المعقود له في طرف الشراء، وهما في البيع فإنهما يتعددان بعدد العقد اعتبارًا بالشفعة واستبعده الْمُتَوَلِّي.

وفائدة الأوجه في فروع:

منها: اشترى وكيل الاثنين شيئًا أو لنفسه، ولموكله فخرج معيبًا فعلى الأول والثالث ليس لأحد الموكلين الرد كأحد الوارثين على الصحيح، وهل لأحد الموكلين أو الوارثين الأرش نظر الأرش، وإذا أوجبنا الأرش فهل الواجب نصف الأرش، أو النصف؟ عبارة الماوردي في الوارثين الأول وهو صحيح، وفي المستويين ينبغي أن يكون النصف، وفي الموكلين حكمنا بالتعدد فكذلك، وإلا فهو متردد بين الرأيين وجب أخذ الأرش هنا، هل تكون

....

للحيلولة إذا حضر صاحبه، واتفقا على الرد لهما ذلك، أو يستقر كما لواحدة لطرئان الحادث؟ على الأصح الأقرب الثاني هذا على قول ابن الحداد وأبي إسحاق، وأما على الثاني والرابع والخامس فلكل منهما الرد. وقال الْقَفَّالُ: إن علم البائع أنه يشتري الاثنين فلأحدهما رد نصيبه، وإن جهل فلا، وذكره الشيخ أبو حامد؛ لكن عبارته: إن صدقه أنه يشتري لاثنين فلأحدهما رد نصيبه وإن لم يصدقه فلا، وقد تكرر هذا الفرع في «الروضة» والشرح هنا بعبارتين، وهو تكرار محض.

ومنها: وكلاه ببيع عبدهما، أو وكل أحد الشريكين صاحبه من واحد، فعلى الأول والرابع ليس للمشتري رد نصيب أحدهما، وعلى بقية الأوجه يجوز.

ومنها: وكلاهما ببيع عبده فباعاه من واحد، فعلى الأول والرابع له رد نصيب أحدهما، وعلى بقية الأوجه لا.

ومنها: وكَّلاه في بيعه ووكَّل آخرين في بيعه ووكل آخران آخر في شرائه، فعلى الأول لا يجوز التفريق، وعلى الثاني والرابع إما أن يرد على أحد البائعين نصف العبد، ولأحدهما رد النصف عليهما، وله رد الربع على أحدهما، وعلى الثالث لهما أن يردا نصيب أحد البائعين، وليس لأحدهما الانفراد، وعلى الخامس لكل منهما رد حصته لا نصفها، وعلى قول الْقَفَّال: يفرق العلم والجهل.

ومنها: باع وكيل واحد وكيلي آخر، فعلى الأول يجوز التفريق.

قال الرَّافِعِي: على الوجوه الأخر لا يجوز، وهو كما قال: على الثاني مطلقًا، وأما على بقية الوجوه فيظهر فيما تقدم.

ومنها: اشترى اثنان لواحد من واحد، فعلى الأول والثالث له رد النصف، وعلى بقية الأوجه لا.

فائدة: قال الشيخ أبو علي: لو خوطب عبد بنكاح اثنتين فقبل في أحدهما صح؛ لأن الزوجتين بمنزلة العاقد.

بَابُ الخِيَارِ

قال المصنف: [يَثْبُتُ خِيَارُ الْمَجْلِسِ فِي أَنْوَاعِ الْبَيْعِ: ....

إشارة: ما ذكره المصنف من تعدد الصفقة، واتحادها غير مطرد في جميع الأبواب، فإن الصفقة في العرايا والشفعة تتعدد بتعدد المشتري، وفي البائع وجهان والاعتبار في الرهن بالموكل على الأصح؛ لأن النظر إلى اتحاد الدين وعدمه، وفي الشفعة تعيين الموكل لا الوكيل، وبالله التوفيق وأسأله الإعانة.

قال الشارح: (وهو طلب خير الأمرين من إمضاء العقد أو فسخه، وهو نوعان: خيار تروٍّ، وخيار بعضه، وسيأتي الشرح عليهما إن شاء الله تعالى).

قال: (**يَثْبُتُ خِيَارُ الْمَجْلِسِ**) أي: موضع البيع.

(**فِي أَنْوَاعِ الْبَيْعِ**) لقوله ﷺ: «**البيعان بالخيار ما لم يتفرقا**» أو قال: «**حتى يتفرقا**» متفق عليه، وفي لفظ: «**ما لم يتفرقا**» «**أو يقول أحدهما لصاحبه**» وفي لفظ: «**وأن يخير أحدهما الآخر**» فتبايعا على ذلك فقد وجب البيع، وإن تفرقا بعد أن تبايعا، ولم يترك واحد منهما البيع فقد وجب البيع، وفي لفظ: «**ما لم يتفرقا إلا بيع الخيار**» وكل ذلك متفق عليه وللبيهقي: «**حتى يتفرقا من مكانهما**»(١).

وقوله: إلا بيع الخيار عند الشَّافِعِي والأصحاب أن معناه إلا بيعًا تخايرا بعده فلا يستمر الخيار إلى التفرق، وقيل: إلا بيعًا شرط فيه نفي الخيار، وخالف في خيار المجلس مالك وأبو حنيفة، وتعلق المالكية والحنفية بأمور.

وقال ابن عبد البر رَحِمَهُ اللَّهُ: أكثرها تشعيب لا حاصل له.

وحسن الترمذي حديث: «**ولا يحل له أن يفارق صاحبه خشية أن يستقيله**»(٢).

قالوا: لو ثبت الخيار لم يحتج إلى الإقالة، وقوله: لا يحل له.

---

(١) أخرجه البخاري (٢/ ٧٤٤، رقم ٢٠٠٦)، ومسلم (٣/ ١١٦٣، رقم ١٥٣١)، والنسائي (٧/ ٢٤٩، رقم ٤٤٧٢)، وابن ماجه (٢/ ٧٣٦، رقم ٢١٨١) وابن الجارود (ص ١٥٧، رقم ٦١٨)، وأحمد (٢/ ١١٩، رقم ٦٠٠٦)، والبيهقي (٥/ ٢٦٩، رقم ١٠٢١٣).

(٢) أخرجه الترمذي (١٢٤٧).

كَالصَّرْفِ وَالطَّعَامِ بِطَعَامٍ وَالسَّلَمِ وَالتَّوْلِيَةِ وَالتَّشْرِيكِ وَصُلْحِ الْمُعَاوَضَةِ، ....

قال ابن عبد البر: إن لم يكن وجهه البدن، وإلا فهو باطل بالإجماع على أن له أن يفارقه لينفذ بيعه ولا يقيله إلا إن شاء.

وقال أصحابنا: عبر بالإقالة عن الفسخ؛ لأن المفارقة لا تمنع الإقالة.

وقال الشيخ أبو حامد: إنه يتوجه إلى ما لا يحل له فعله وهو أن إذا عقد البيع فله الخيار فلا يحل له أن يختلسه ويفارقه حتى يلزم البيع، وهذا بعيد، والظاهر جواز ذلك لفعل ابن عمر رضي الله عنهما.

قال نافع: وكان ابن عمر إذا اشترى شيئًا يعجبه فارق صاحبه.

قال: (**كَالصَّرْفِ وَالطَّعَامِ بِطَعَامٍ وَالسَّلَمِ وَالتَّوْلِيَةِ وَالتَّشْرِيكِ وَصُلْحِ الْمُعَاوَضَةِ**) احترز بالمعاوضة عن صلح الحطيطة[١] فلا خيار فيه وإلا إن أبرئ ووهبه ودخل في كلامه ما إذا صالح على منفعة، وحكمه حكم الإجارة، وسيأتي.

والصلح عن دم العمد، ولا خيار فيه، صرح به القاضي الحسين، ولا خيار في بيع العبد من نفسه على الأصح، وأرسلا في تنويه في شراء الجمل في شدة الحر وجهين صحح في «شرح المهذب» الثبوت والبلح كالجمل، ولا خيار في الحوالة، وإن جعلناها بيعًا كما هو الأصح، وقيل فيهما الخيار.

قالوا: لو حلف لا يأكل مما اشتراه فأكل مما صالح عليه أن الأصح عدم الحنث؛ لأنه لا يسمى في العُرف شراء، ولا يحنث مما حصل له بالقسمة والإقالة، وإن جعلناها بيعًا لأجل الاسم.

وقالوا: هاهنا إن جعلنا الإقالة بيعًا ثبت الخيار، والقسمة إن جرت بالتراضي ولا رد فيها، وجعلناها بيعًا فلا خيار فيها على الأصح عندهما تبعًا للبغوي وغيره، وبه جزم الماوردي في باب الربا وعلله الإمام فإنها لا تسمى بيعًا، وعلله الْبَغَوِي له لو امتنع منها لأجبر عليها والإجبار ما في الخيار؛ لكن الذي جزم به الشيخ أبو حامد والقاضي أبو الطيب، وابن الصباغ والجرجاني ثبوت الخيار، وجعل القاضي الحسين محل الخلاف في جانب واحد، وجزم

---

(١) الحطيطة: الصلح من الشيء على بعضه دينًا كان أو عينًا.

وَلَوِ اشْتَرَى مَنْ يَعْتِقُ عَلَيْهِ، فَإِنْ قُلْنَا الْمِلْكُ فِي زَمَنِ الْخِيَارِ لِلْبَائِعِ أَو مَوْقُوفٍ فَلَهُمَا الْخِيَارُ، وَإِنْ قُلْنَا لِلْمُشْتَرِي تَخَيَّرَ الْبَائِعُ دُونَهُ.

فيما إذا أخذ هذا جانبًا بثبوت الخيار، وإن جرت القسمة بالإخبار من الحاكم فلا خيار، هكذا أطلقه الجمهور. وقال الْمُتَوَلِّي: لا خيار للخبر، وفي الطالب وجهان كالشفيع مع المشتري، وإن كان فيها رد أطلق الجمهور ثبوت الخيار.

قال الماوردي: كما نقله ابن الرِّفْعَة أنه هل يدخلها القرعة؟ وجهان إن قلنا: نعم، فكانت من الحاكم فلا، أو من قبلهم يثبت بعد القرعة، وهل هو عيب على الفور أو خيار مجلس؟ وجهان وهذا غريب والوجه ثبوته وأنه خيار مجلس، ولو اشترى من شهد بحريته فأوجه أصحها يثبت للبائع فقط، ولو باع ماله من ولده في حجره أو بالعكس؛ فالأصح ثبوت الخيار، فإن ألزم من طرف بقي للآخر كما صرح به في «البسيط» وغيره، لا كما ظنه ظانّ كما بينته في «الغنية» وإذا فارق المجلس لزم، وقيل: لا يلزم إلا بإلزام.

قال: **(وَلَوْ اشْتَرَى مَنْ يَعْتِقُ عَلَيْهِ فَإِنْ قُلْنَا الْمِلْكُ فِي زَمَنِ الْخِيَارِ لِلْبَائِعِ أَو مَوْقُوفٍ فَلَهُمَا الْخِيَارُ)** أي: لوجود ثبته فلا مانع.

(وَإِنْ قُلْنَا لِلْمُشْتَرِي تَخَيَّرَ الْبَائِعُ دُونَهُ) أي: تنزيلًا لشرائه منزلة إعتاقه الأجنبي زمن الخيار على قولنا الملك له، فإن سقط خياره على الأصح لا خيار للبائع على الأصح، هذا البناء هو ما عليه المعظم.

وأثبت الماوردي وغيره الخيار لهما على كل قول ومال الْبَغَوِي؛ لأنه لم يوجد من المشتري إلا الرضا بأصل العقد والعتق حكمي ثبت عند تمام العقد، وهنا الإعتاق يدل على كمال الرضا.

وقال الإمام: إن المشهور عدم الخيار لهما يعني على كل قول؛ لأنه ليس عقد معاينة، وتبعه الغزالي وغيره.

فرع: متى يعتق؟ إن قلنا: لا خيار فمن الشراء، وإن أثبتناه لهما فعند انقضائه، وإن قلنا: بالوقف فإذا انقضى الخيار أثبتناه أنه عتق من حين الشراء، وكذا إن قلنا: الخيار للبائع وحده على الأصح، وأطلق كثيرون أو الأكثرون

وَلَا خِيَارَ فِي الْإِبْرَاءِ وَالنِّكَاحِ وَالْهِبَةِ بِلَا ثَوَابٍ. وَكَذَا ذَاتُ الثَّوَابِ وَالشُّفْعَةُ

أنه إذا انقضى الخيار عتق كما ذكرنا.

وقال الْجُورِي في باب القراض: إنه إذا لم يوفر الثمن لا يعتق، وإن انقضى الخيار لبقاء حق الجنس كما لو ورثه وهو مرهون.

وقال الدارمي هناك: إذا كان عليه دين، فأذن بشراء من يعتق عليه أو أعتق عبدًا في يد المقارض فأوجه بناء على الراهن.

ثالثها: إن كان موسرًا عُتق.

قال: (**وَلَا خِيَارَ فِي الْإِبْرَاءِ وَالنِّكَاحِ وَالْهِبَةِ بِلَا ثَوَابٍ**) أي: وهي المقيدة ببيعه أو المطلقة، إذا قلنا: لا يقتضيه؛ لأن الثلاثة ليست تبعًا، ولا ما في معناه، وكذلك الرهن والضمان والوقف، والعتق، والطلاق، والكتابة، والوكالة، والشركة، وكل عقد جائز من الجانبين لو أحدهما، وفي الضمان والكتابة والحوالة وجه.

قال: (**وَكَذَا ذَاتُ الثَّوَابِ**) أي: مع الحكم بأنها على قول فإن جعلناها تبعًا عند ذكر الثواب المعلوم كما هو الأظهر فهي بيع حقيقة يثبت فيها الخياران، وسائر أحكام البيع هذا هو الصواب كما ذكراه في كتاب «الهبة» وغيره، وفي كلًا منهما ما يفهم أو يقتضي خلافه، وليس بجيد.

وحكاية الغزالي الخلاف في ثبوت أحكام البيع مع القول: بأنها بيع غريب متنقل، وصادر عن تسمج في العبارة، وكذا ما قيل: من الخلاف في هذه الأحكام: يثبت عند العقد أو بعد القبض، نبَّه الرَّافِعِي على أن مرجعه إلى القول: بأنها بيع أو هبة، وحاصله أنا حيث حكمنا بالهبة فلا خيار.

وقيل: يثبت من القبض إن فسخ رجعت إليه، وإن أجاز لم يبق إلا الثواب، وأما قبل القبض فلا فائدة في الخيار، ومتى حكمنا بأنها بيع تثبت الأحكام من العقد، وقد يتخيل جريان الخلاف نظرًا إلى اللفظ أو المعنى، وكلام المتقدمين يأباه.

قال: (**وَالشُّفْعَةُ**) أي: للشفيع أما المشتري فلا خيار له قطعًا ورجوع البائع

وَالْإِجَارَةُ وَالْمُسَاقَاةُ وَالصَّدَاقُ فِي الْأَصَحِّ.

في عين ماله بالفلس كالشفعة لا خيار فيه على الأصح.

واعلم أنهما أرسلا هنا وفي «الروضة» وأصلها الوجهين في ثبوتها للشفيع بلا ترجيح، وصرح في الشرحين هناك ثبوتها، وخالفه المصنف ونسب المنع إلى الأكثرين.

وقال ابن الْقَطَّان في فروعه: لو أخذ بالشفعة، ثم رد نص الشَّافِعِي في القديم أنه رد بعد التفرق على المجلس لم يكن له الرد، وإن رد قبل التفرق فعلى قولين، والأشبه أنه ليس له الرد انتهى.

وقال الدارمي هنا: إذا أخذنا بالشفعة أو إجبار عين ما له من مفلس فهل له الخيار في رد الشفعة وبخاصة الغرماء؟

حكى ابن الْقَطَّان قولين.

قال: (**وَالْإِجَارَةُ**) هي ثلاثة أنواع: إجارة عين مقدرة بعمل، أو مدة، أو ذمة ويتقدر بالعمل، وصحح الْبَغَوِي في الأنواع الثلاثة عدم الخيار، وتابعاه ونسبه الرَّافِعِي إلى الأكثرين وصحح الشيخ أبو حامد، والمحاملي، وسليم، والجرجاني، والقاضي الحسين، والغزالي بثبوته في الجميع وحكاه عن صاحب المهذب وشيخه الكرخي، والإصطخري، ولم أره في «المهذب»، وهو قضية كلام المصنف في التصحيح، فإنه صحح ثبوته في إجارة الذمة، وصحح الإمام عدمه في «الغنية» وقطع بثبوته في الثمن في المدة، ووافقه على هذا القطع جماعة، ونقل الدارمي ثبوت خيار المجلس دون خيار الشرط.

وإذا قلنا: يدخل خيار؛ فالمدة من بعد الخيار، انتهى.

والعراقيون أو أكثرهم على أنه لا مدخل لخيار الشرط، وعليه إما زيادة الغرر، وإما تعطيل المنفعة.

قال: (**وَالْمُسَاقَاةُ**) أي: كالإجارة على العين، وقيل: أولى بالثبوت، وقيل: بعدمه والمسابقة إن قلنا: لازمة فكالإجارة.

قال: (**وَالصَّدَاقُ فِي الْأَصَحِّ**) أي: في المسائل الخمس؛ لأنها لا تسمى

وَيَنْقَطِعُ بِالتَّخَايُرِ بِأَنْ يَخْتَارَا لُزُومَهُ فَلَوْ اخْتَارَ أَحَدُهُمَا سَقَطَ حَقُّهُ وَبَقِيَ لِلْآخَرِ.

بيعًا، ومن يسمي الإجارة بيعًا يعلل بأن ثبوت الخيار فيما يؤدي إلى تعطيل المنافع.

والثاني: يثبت في الجميع أو يعلل بالغرر سواء أوردت على العين أو الذمة وميثاق هذا ألا يثبت في السلم في المنافع.

والثاني: يثبت في الجميع؛ لأنها في معنى البيع والمشهود عدم ثبوته في الصداق إذا أثبتناه فيه.

قال ابن الرِّفْعَة: فيشبه أن يكون لكل من الزوجين، وفائدة فسخه الرجوع إلى مهر المثل، وفي ثبوته في الخلع خلاف أشهر من ثبوته في الصداق، والأصح عدمه أيضًا، فإن أثبتناه فهو للزوج، فإن أجاز ثبت الطلاق بالمسمى، وإن رد كان رجعيًّا.

قاله القاضي أبو الطيب وابن الصباغ، وصور الشيخ أبو حامد ثلاث صور أحدثها الخلع المتجزئ كطلقني بألف، فيقول: طلقتك بها، يثبت له الخيار على الوجهين في الامتناع من قبض الألف، ويكون الطلاق رجعيًا.

الثانية: الخلع العاجل بالصفة كأن أعطيتني ألفًا فأنت طالق، ولا خيار فيه.

الثالثة: المؤجل كمتى أعطيتني ألفًا، فمتى ثبت خيار المجلس في دفع ما أوجبه على وجهين.

قال: **(وَيَنْقَطِعُ)** أي: خيار المجلس حيث أثبتناه.

(بِالتَّخَايُرِ بِأَنْ يَخْتَارَا لُزُومَهُ) أي: كألزمناه وأجزناه أو رفعنا الخيار أو تخايرنا ونحوها.

وكذا قولهما: أبطلنا الخيار أو أفسدناه خلافًا للشيخ أبي محمد.

قال: **(فَلَوْ اخْتَارَ أَحَدُهُمَا)** أي: للزوم ولم يختر أحدهما الآخر.

(سَقَطَ حَقُّهُ وَبَقِيَ لِلْآخَرِ) كخيار الشرط، وقيل: لا يبقى للآخر؛ لأن خيار المجلس لا يتبعض، وقيل: يبقى لهما كذلك، وصححه الماوردي وجوابهما:

وَبِالتَّفَرُّقِ بِبَدَنِهِمَا، فَلَوْ طَالَ مُكْثُهُمَا أَو قَامَا وَتَمَاشَيَا مَنَازِلَ دَامَ خِيَارُهُمَا، وَيُعْتَبَرُ فِي التَّفَرُّقِ الْعُرْفُ.

أنه لا يتبعض ابتداءً، وأما دوامًا فممنوع، ولو قال أحدهما: اختر أو أخيرتك، فقال: اخترت انقطع خيارهما، وإن سكت انقطع خيار القائل في الأصح، ولا ينقطع خيار الساكت، وذكر ابن الرِّفْعَة في «المطلب» وجهًا فيه واستغربه، ولو أجاز أحدهما، وفسخ الآخر قدم الفسخ جزم به الرَّافِعِي وغيره.

وقال ابن الرِّفْعَة: وهو ظاهر إذا تقدم الفسخ فإن تأخر، وقلنا: بالإجارة لا يبطل خيار الآخر فكذلك، وإن قلنا: يبطل فلا، وإن وجدا معًا، وقلنا: عند تأخر الفسخ لا ينفذ فهاهنا احتمال المذكور في بعض الشروح النقود، ولو تقابضا في المجلس، وتبايعا العوضين في المجلس بيعًا.

ثانيًا: صح البيع الثاني على المشهور؛ لأنه رضي بلزوم الأول، وقيل: إن قلنا الخيار يمنع انتقال الملك لم يصح.

قال: **(وَبِالتَّفَرُّقِ بِبَدَنِهِمَا)** للحديث.

(فَلَوْ طَالَ مُكْثُهُمَا أَو قَامَا وَتَمَاشَيَا مَنَازِلَ دَامَ خِيَارُهُمَا) لعدم التفريق، وقيل: لا يزيد على ثلاثة أيام وقيل: إلى أن يشرعا في أمر آخر، ويعرضا عن أمر العقد، وقيل: ينقطع بانتقالهما إلى مجلس آخر رواهما الْعِمْرَانِي عن الفروع.

قال: **(وَيُعْتَبَرُ فِي التَّفَرُّقِ الْعُرْفُ)** فما عده الناس تفرقًا لزم به لازمًا لا حد له شرعًا، ولا لغة، يرجع فيه إلى العرف، فإن كانا في دار صغيرة، أو مسجد صغير، أو سفينة صغيرة فبأن يخرج أو يصعد السطح، وإن كانت الدار كبيرة فبأن يخرج أحدهما من البيت إلى الصحراء، أو يدخل من الصحن في صفة أو بيت فإن كانا بصحراء أو سوق فإذا ولى أحدهما ظهره للآخر، ومشى قليلًا، وقيل: خطوتين، وقيل: ثلاث، وقيل: يكفي تولية الظهر وهو المنصوص، وعليه اقتصر ابن الْقَطَّان، وحمله المحاملي وغيره على ما إذا ولى ظهره ومشى، وقيل: بشرط أن يبعد بحيث إذا كلم صاحبه على الاعتياد من غير رفع الصوت لم يسمع.

وَلَوْ مَاتَ فِي الْمَجْلِسِ أَو جُنَّ فَالْأَصَحُّ انْتِقَالُهُ إِلَى الْوَارِثِ وَالْوَلِيِّ.

وقال القاضي الحسين: إذا مشى أحدهما وتبعه الآخر، وبينهما قدر ما بين الصفين فلا تفرق، وإن كان أكثر تفرقا، فهذه سبع أوجه أصحها الرجوع إلى العُرف، وصحن الدار صح، والبيت إذا تفاحش اتساعهما كالصحراء، ولا عبرة بإرخاء ستر أو شق نهر بينهما، وكذا بنيا جدارًا على الأصح، هكذا أطلق ونسبه أنه إذا كان بأمرهما أنه ينقطع، أو يأمر أحدهما أنه ينقطع خياره، ويعرف منه غلق باب بينهما لا رده فقط، ولو تبايعا بالمكاتبة، فقيل: فخيار المجلس له ما دام في مجلس القول، ويبقى خيار الكاتب إلى أن ينقطع خيار المكتوب إليه.

قال: **(وَلَوْ مَاتَ فِي الْمَجْلِسِ أَو جُنَّ فَالْأَصَحُّ انْتِقَالُهُ إِلَى الْوَارِثِ وَالْوَلِيِّ)**.

وقيل: قطعًا، والإغماء كالجنون، وسيد المكاتب كالوارث فيه الطريقان، وقيل: يلزم قطعًا، وسيد المأذون كسيد المكاتب، وكذا الوكيل على الأصح، وهو أن الاعتبار بمجلسه.

وقال والد الرُّويَانِيّ: ينتقل إلى وارث الوكيل، وليس بشيء، ولا أثر لنومهما في المجلس، ويجيء وجه من وجه الإعراض والاشتغال شيء آخر، ولو خرس أحدهما فيه فإن كانت له إشارة مفهومة أو كتابة فهو على خيار، وإلا يصير الحاكم نائبًا عنه، قاله: في «الروضة».

وفي «البيان»: إنه كالمغمى عليه، وفي «الكافي» أنه كما لو مات، وفي فروع ابن الْقَطَّان أنه لو خرس في المجلس، أو جُنَّ؛ قام السلطان مقامه، ولعله مفرع على أن وليه السلطان، ونسبه أن ما أطلق في أن الإغماء كالجنون محله إذا جعلناه مولى عليه بنفس الإغماء.

أما إذا قلنا: لا، فهو كمن خرس ولا إشارة له، ويحتمل أن يجعل كالنائم إن قصر زمن إغمائه إذا أثبتنا الخيار للوارث، فإن كان حاضرًا للمجلس كان لمورثه، وإن غاب عنه امتد خياره حتى يفارق مجلس الخبر.

وقيل: حتى يجتمعا فدال مجلسه، وقيل: على الفور حين بلوغ الخبر، ونقول: يثبت له الخيار إذا أبصر المبيع، ولا يتأخر، وقيل: حتى يبصره وعنده

....

خيار في الرؤية، وذكره ابن الْقَطَّان، وإذا لم يكن الوارث أهلًا للتصرف ناب عنه وليه في ذلك.

إشارة: قال في «الروضة»: لو مات أحدهما في المجلس نص أن الخيار لوارثه، وقال في موت المكاتب: وجب البيع، ولهم طرق أصحها فيها قولان أظهرهما ثبوته للوارث والسيد وما فيها يثبت لهما قطعًا.

وثالثها: تقرير النصين والفرق، وحكى قول مخرج من خيار المجلس في خيار الشرط أنه لا يورث هذا حاصلها.

وقال في «شرح المهذب» بعد حكايته الطرق: ولو مات العاقدان في مجلس ففي انتقال الخيار إلى وارثيهما وسيد المكاتب الخلاف في موت أحدهما، ولك أن تدخل هذه الصورة في كلام الكتاب، وتقول: كان الأحسن أن يقول في الأظهر من المذهب، واعلم أن قضية إطلاق المصنف وغيره أنه لا فرق فيما ذكره بين عقود الربا وغيرها، وذكر الشيخ أبو علي في كتاب «الوكالة» من شرح التلخيص النصين السابقين.

ثم قال: ولو مات أحدهما في عقد الصرف قبل القبض، وقلنا: خيار المجلس يورث، قال أصحابنا: لا يبطل العقد، ويقوم الوارث مقامه في القبض هكذا رأيت لأصحابنا، وعندي إنما يتصور هذا إذا كان الوارث حاضرًا في المجلس، أما لو لم يكن مع الوارث علم، وهو في مجلس، والقابض، أو المسلم في مجلس آخر لا يتصور هنا القبض في المجلس إلا أن يقول قائل: إذا علم وحضر فليسلم فلا يبطل خياره؛ لأنه في معنى المكره، ولو أكره على أن يفارق صاحبه قبل القبض، فإذا حكى فجاء وقبض أن يصح؛ لأنه لا حكم للإكراه الباطل في الشريعة، انتهى.

فروع: لو هرب ليلزم البيع انقطع خياره قيل: ويأثم وليس بشيء في غير الربوي قبل القبض، وينقطع خيار الآخر، وقيل: إن لم يمكنه اتباعه، ولو حمل وأخرج مكرهًا فإن منع الفسخ فخياره باقٍ على المذهب وإلا لم ينقطع

وَلَوْ تَنَازَعَا فِي التَّفَرُّقِ أَوِ الْفَسْخِ قَبْلَهُ صُدِّقَ النَّافِي.

على الأصح، فإذا تمكن اختار، وفي الفوز به خلاف فإن لم يرها، وكان مستقرًا حين زال الإكراه في مجلس امتد الخيار فيه أو مارًّا ففارق مكان التمكن انقطع خياره، وإذا لم يبطل خياره بقي خيار الماكث إن منع من الخروج معه، وإلا بطل في الأصح، ولو ضربا حتى تفرقا بأنفسهما ففيه قولًا حيث المكره، وسبق في الربا أنهما لو أكرها حتى تفرقا قبل القبض فيه بطل العقد، وتكلمنا عليه لو تصرف الولي ثم أفاق المجنون لم ينقض ما فعله الولي من فسخ أو إجارة، فإن ادعى أنه خلاف الحظ نظر القاضي فإن قصده، كما ادعى نقض، وإن لم يكن ما ادعاه، وإلا ففي تحليفه نظر.

وهو كما قال رَحِمَهُ اللَّهُ تعالى قال: **(وَلَوْ تَنَازَعَا فِي التَّفَرُّقِ)** أي: بأن جاءا معًا. وقال أحدهما: تفرقنا وأنكر الآخر.

(أَو الْفَسْخِ قَبْلَهُ) أي: فإن اتفقا على التفرق.

وقال أحدهما: فسخت قبله وأنكره الآخر.

(صُدِّقَ النَّافِي) بيمينه في الأول قطعًا.

وفي الثانية: على الأصح عند الجمهور؛ لأنه الأصل، وصحح الماوردي قول مدعي الفسخ، ولو توافقا على التفرق والفسخ، واختلفا في السابق فقد يقابل أصلين.

قال بعض الشارحين: فينبغي أن يقال من سبق بدعوى الفسخ قبل قوله: وإن تساويا أو سبق أحدهما بدعوى التفرق صدق النافي للفسخ كما في الرجعة، ولو اتفقا على عدم التفرق، وادعى أحدهما الفسخ، قاله الْبَغَوِي، انتهى.

ورأيت في «فروع ابن الْقَطَّان» أنه لو قال أحدهما: قسمت قبل التفرق، وقال الآخر: بل بعده، فأوجه:

أحدها: يصدق البائع، والثاني: المشتري، والثالث: من سبق بالدعوى، والرابع: يصدق من يدعي الفسخ في الوقت الذي فسخ فيه، ويصدق الآخر في وقت التفرق، انتهى.

فَصْلٌ لَهُمَا وَلِأَحَدِهِمَا شَرْطُ الْخِيَارِ فِي أَنْوَاعِ الْبَيْعِ إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَا الْقَبْضَ فِي الْمَجْلِسِ كَرِبَوِيٍّ وَسَلَمٍ، ....

ونقلها الدارمي عنه هكذا، وإنه بنى هنا على اختلاف في الرجعة، ثم قال الدارمي: وعندي إذا اختارا في المجلس الفسخ أو الإمضاء لم يجز رجوع انتهى.

مباحثة: أطلقوا أنهما لو تنازعا في التفرق صدق نافيه.

قال الرَّافِعِي: وهو بين إن قصرت المدة، وإن طالت فدوام الاجتماع خلاف الظاهر فلا يبعد تخريجه على الخلاف في تعارض الأصل، والظاهر وتابعه ابن الأستاذ عليه، وهو حسن ويقوى ترجيح الظاهر عند تفاحش المدة كسنة مثلًا إذ يستحيل عادة اجتماع متبايعين سنة اجتماعًا لا يقطع مجلس الخيار.

فائدة: لو حكم حاكم بإبطال خيار المجلس ففي نقض حكمه وجهان في الراجح نزاع بيَّناه في أدب القضاء من «الغنية».

قال: (**فصلٌ لَهُمَا وَلِأَحَدِهِمَا شَرْطُ الْخِيَارِ**)أي: بالإجماع.

قال: (**فِي أَنْوَاعِ الْبَيْعِ إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَا الْقَبْضَ فِي الْمَجْلِسِ كَرِبَوِيٍّ وَسَلَمٍ**) أي: فلا يجوز بحال كالأجل، ويستثنى من اشتراطه لأحدهما ما إذا اشترى مَن يعتق عليه وشرط الخيار له وحده إذ الملك، فيكون له فيعتق عليه فيلزم من ثبوت الخيار وعدم ثبوته، والحكم كذلك لو شرطه في شراء من أقر بحريته وشراء العبد نفسه، وقد نظم ذلك قول «الوجيز»، وما يستعقب العتق من البيوع.

قال الرَّافِعِي: والقول فيه على ما ذكرنا في خيار المجلس، ولينظر فيما لو شرط الكافر الخيار لنفسه في بيعه عند المسلم والمحرم لنفسه في بيعه الصيد، وسنذكر ما يشعر بالمنع.

فروع: لو شرطاه العبد المبيع أو لأجنبي صح في الأظهر، والثاني: كالمجلس والذي بالعيب قبل، والثالثة: واختاره الماوردي لا يصح إلا إن شرط العاقد والأجنبي؛ لأنه يكون وكيلًا في الفسخ والإجارة، وذلك جائز، انتهى.

وإذا صح اختص به المشروط له في الأصح، وعلى هذا لو مات الأجنبي ثبت للشارط، أو الوكيل ثبت للموكل.

وَإِنَّمَا يَجُوزُ فِي مُدَّةٍ مَعْلُومَةٍ لَا تَزِيدُ عَلَى ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ، ....

قال الْبَغَوِي: لا يلزم الأجنبي فراغًا بالخط بخلاف الوكيل، ومال الرَّافِعِي إلى أنه يلزمه ولو شرط الخيار في بيع العبد المسلم من مسلم لكافر.

قال والد الرُّويَانِيّ: يحتمل ألا يجوز إذ لا يملك العقد عليه كالمجنون، قال: وكذا لو باع صيدًا، وشرط الخيار لمحرم لا يجوز.

قال الرُّويَانِيّ: والأصح عندي جوازه.

قال: **(وَإِنَّمَا يَجُوزُ فِي مُدَّةٍ مَعْلُومَةٍ)** أي: نفيًا للغرر، ولو شرطه مطلقًا أو قدر مدة مجهولة بطل العقد، ولو شرطاه إلى وقت طلوع الشمس من الغد جاز أو إلى طلوعها. قال الزبير: لا يجوز واستبعده الرَّافِعِي؛ لأن الغيم إنما يمنع الإشراق لا الطلوع، ولو قال: إلى الغروب أو وقت الغروب صح اتفاقًا، وهو يرد على الزبير ولو شرطاه إلى الليل أو غلسه لم تدخل الغاية وإن قال: نهارًا أو لك الخيار يومًا، قال: مثل وقته ويدخل الليل للضرورة، ولو قاله بالليل لم يصح؛ لأنه يخرج ببقية الليل فيتراخى الخيار.

قال: **(لَا تَزِيدُ عَلَى ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ)**؛ لأن الأصل منعه، وإنما أثبتناه في الثلاث كثبوتها في المصراة، ومنعها في حديث حبان بن منقذ، وقيل: والده منقذ بن عمرو أنه كان يخدع في البيع فجعل له رسول الله ﷺ ما ابتاع من شيء فهو بالخيار فيه ثلاثة أيام. وفي رواية فقال له: «**إن أنت بايعت فقل: لا خلابة، ثم أنت في كل سلعة ابتعتها بالخيار ثلاثًا**» أصل الحديث في الصحيحين[1].

---

(١) حديث ابن عمر: أخرجه مالك (٢/ ٦٨٥، رقم ١٣٦٨)، والطيالسي (ص ٢٥٦، رقم ١٨٨١)، وأحمد (٢/ ٦١، رقم ٥٢٧١)، والبخاري (٢/ ٧٤٥، رقم ٢٠١١)، ومسلم (٣/ ١١٦٥، رقم ١٥٣٣)، وأبو داود (٣/ ٢٨٢، رقم ٣٥٠٠)، والترمذي (٣/ ٥٥٢، رقم ١٢٥٠) وقال: حسن صحيح. والنسائي (٧/ ٢٥٢، رقم ٤٤٨٤)، وابن حبان (١١/ ٤٣٢، رقم ٥٠٥١)، والحاكم (٢/ ٢٦، رقم ٢٢٠١) وأبو عوانة (٣/ ٢٧١، رقم ٤٩٣٤)، والبيهقي (٥/ ٢٧٣، رقم ١٠٢٣٩). حديث أنس: أخرجه أبو داود (٣/ ٢٨٢، رقم ٣٥٠١)، والترمذي (٣/ ٥٥٢، رقم ١٢٥٠) وقال: حسن صحيح غريب. والنسائي (٧/ ٢٥٢، رقم ٤٤٨٥)، وابن ماجه (٢/ ٧٨٨، رقم ٢٣٥٤)، والحاكم (٤/ ١١٣، رقم ٧٠٦١) وقال: صحيح على شرط الشيخين.

....

وذكر الخيار فيه، في إسناده محمد بن إسحاق، ولفظ رواية ابن ماجه: «**وأنت في الخيار في كل سلعة ابتعتها ثلاث ليالٍ**»[1] وإسنادها حسن.

قال الأصحاب: ولأن الحاجة تندفع بالثلاث غالبًا فيعينا فيما عداها على الأصل فلو زاد عليها بطل العقد، وإن حذف الزيادة، فقال في «شرح المهذب»: وفيه وجه؛ لأنه يجوز أكثر من ثلاثة أيام إذا كانت المدة معلومة، وهو قول ابن المنذر.

قلت: ولا تعود اختياراته وجوهًا، فإن ثبت عن غيره فذاك.

تنبيه: إنما يجوز شرطه فيما يبقى بعد المدة المشروطة، أما لو شرط ثلاثًا فما دونها فيما يتسارع فساده قبلها بطل البيع، وقيل: يصح ويباع عند الإشراف على فساده، ويقام ثمنه مقامه ولو شرط في المصراة خيار الثلاث للبائع.

قال أبو الحسن الْجُورِي: إنه لم يجز؛ لأنه يمنع الحلب ويضر بالشاة، وسيأتي ما ينازعه، فإن صح ما ذكره وجب طرده في كل حلوب، وإن لم يصر إذ تركها ثلاثًا بلا حلب يضرها بلا شك، وإن كانت المصراة أشد ضررًا، ورأيت في فروع ابن الْقَطَّان أنه إذا اشترى مصراة، واشترط خيار الثلاث ولم يعلم وقت العقد أنها مصراة فوجهان أحدهما: أن له ثلاثة أيام حسب.

والثاني: له ستة أيام؛ لأن خيار المصراة وجب له بالشرع، وخيار الثلاثة بالشرط.

قلت: ولا سبيل إلى ترك الحلب فيحتمل أن يقال: يباع اللبن ويوقف ثمنه إلى ما ينتهي الحال إليه كالزوائد، والفوائد ويشترط أن تكون المدة متوالية متصلة بالعقد، فلو قال: على أن لنا الخيار اليوم عدد ونعد لم يصح، أو شرط الخيار في العدد دون اليوم بطل البيع ولو شرطا ثلاثًا، ثم أسقطا اليوم الأول سقط الكل، ولو باع عبدين بشرط الخيار في أحدهما لا بعينه بطل البيع، أو في أحدهما بعينه أو في أحدهما خيار يوم، والآخر يومين، فقولًا الجمع بين

---

(١) تقدم في سابقه.

وَتُحْسَبُ مِنَ الْعَقْدِ، وَقِيلَ مِنَ التَّفَرُّقِ، ....

مختلفي الحكم، هكذا أوردها الرَّافِعِي، والمصنف، وذكر ابن الْقَطَّان أنه إذا شرط الخيار في أحدهما فهذا باطل؛ لأن الجهل قد وقع في الثمن هذا لفظه.

فروع: لو اشترى شيئًا على أن يؤامر فلانًا فيأتي بما يأمره من فسخ أو إجارة جاز، وليس له الرد حتى يقول: استأمرته فأمرني بالفسخ. وقال في «الكافي»: ليس له فسخ ولا إمضاء من مؤامرة فلان على الأصح، انتهى.

واعلم أن الجواز فهو المنصوص المشهور، وقال الْمُتَوَلِّي: هو على قولنا يصح شرط الخيار للأجنبي ويختص به.

وحكى الماوردي عن أبي إسحاق وكافة البصريين: أنه لا يصح شرط المؤامرة، والمذهب الأول والأصح اشتراط تقييد المؤامرة بالثلاث فأقل، وقيل: يحتمل الإطلاق والزيادة على الثلاث كخيار الرؤية فعلى الأول لو لم يأمره، أو وأمره فلم يأتمر حتى مضت المدة لزم العقد، وظاهر إطلاقهم أنه إذا قال: وأمرته فأمرني بكذا أنه يصدق بلا يمين ولا بينة، وقد ينازع فيه، وسكتوا عما لو قال: عليَّ أن أشاور من غير تعيين أحد والظاهر صحته إذا عين المدة المعتبرة، وهو شارط الخيار لنفسه بالإذن الصريح، وكذا إن أطلق في الأصح عليه فعل ما فيه الحظ، ولو اشترى على أنه إن لم ينقده الثمن في ثلاثة أيام فلا بيع بطل البيع. وقيل: يصح ويحمل على شرط الخيار.

قال: (**وَتُحْسَبُ مِنَ الْعَقْدِ**) إذا أطلقا؛ لأنه ثبت بالشرط فيثبت عنده من العقد، أي: يتجنب ابتداء المدة.

(**وَقِيلَ مِنَ التَّفَرُّقِ**) ونسبه الماوردي إلى الجمهور؛ لأنه لا فائدة فيه مع خيار المجلس، والأخذ يحسب من العقد، وقيل: على الوجهين، وكذا مدة الإجارة إذا أثبتنا الخيار فيها، وإذا قلنا: الخيار من العقد فمضت المدة، وهما جميعًا؛ انقطع خيار الشرط، وبقي خيار المجلس وعكسه عكسه، ولو أسقطا الخيار مطلقًا، ولو شرطاه من التفرق بطل على الأصح.

وقيل: يصح البيع والشرط، وإذا قلنا الخيار من التفرق فأسقط الخيار قبل

وَالْأَظْهَرُ أَنَّهُ إِنْ كَانَ الْخِيَارُ لِلْبَائِعِ فَمِلْكُ الْمَبِيعِ لَهُ، وَإِنْ كَانَ لِلْمُشْتَرِي فَلَهُ، وَإِنْ كَانَ لَهُمَا فَمَوْقُوفٌ، فَإِنْ تَمَّ الْبَيْعُ بَانَ أَنَّهُ لِلْمُشْتَرِي مِنْ حِينِ الْعَقْدِ وَإِلَّا فَلِلْبَائِعِ].

التفرق بطل خيار المجلس لا الآخر في الأصح، ولو شرطاه من العقد صح في الأصح، ولو شرطا الخيار بعد العقد قبل التفرق فعلى الثاني في الكتاب لا يختلف، وعلى الأول تحسب من وقت الشرط، ومن له خيار الشرط له الفسخ حضر صاحبه أو غاب، ولا يفتقر نفوذه إلى الحاكم، ويستحب أن يشهد حتى لا يؤدي إلى المنازعة.

فرع: قال الرُّويَانِيّ: لو اشترى الولي شيئًا بشرط الخيار فبلغ الصبي رشيدًا في المدة لم ينتقل الخيار إليه، وروى عن أبيه وجهين قال: ولو بلغ قبل التفرق لم ينتقل إليه خيار المجلس، وفي بقائه للولي وجهان.

فائدة: قال صاحب «التعجيز في شرحه الكبير للوجيز»: وما أحله قاعدة كل عقد لا يثبت فيه خيار المجلس فخيار الشرط أولى؛ لأنه يطول والغرر فيه أكثر.

وقال الإمام: الأليق بالصداق خيار الشرط؛ لأن نقل التخصيص بالصداق بخلاف خيار المجلس فإنه يعم الجهتين.

قال: وكلما ثبت فيه خيار المجلس ثبت فيه خيار الشرط إلا ما شرط فيه قبض البدلين أو أحدهما، ولا الإجارة وبيع البلح والمساقاة والحوالة على رأي سبق في الجميع، وإلا بيع ما يتسارع فيه الفساد ففيه وجهان سبقا.

قال: (**وَالْأَظْهَرُ**) أي: خياري المجلس والشرط.

(أَنَّهُ إِنْ كَانَ الْخِيَارُ لِلْبَائِعِ فَمِلْكُ الْمَبِيعِ لَهُ، وَإِنْ كَانَ لِلْمُشْتَرِي فَلَهُ، وَإِنْ كَانَ لَهُمَا فَمَوْقُوفٌ، فَإِنْ تَمَّ الْبَيْعُ بَانَ أَنَّهُ لِلْمُشْتَرِي مِنْ حِينِ الْعَقْدِ وَإِلَّا فَلِلْبَائِعِ) هل الملك في زمن الخيار للبائع أو للمشتري أو موقوف؟ رجح كلًّا مرجحون، وما ذكره توسط جماعة وعليه الفتوى.

وقال الرَّافِعِي: إنه الأشبه، ومنهم من قطع به، وحيث كان المبيع الواحد فالثمن للآخر، وحيث توقفنا في البيع، توقفنا في المبيع، توقفنا في الثمن، وأمر الخلاف.

....

فروع كثيرة: منها: كسب المبيع ونحوه، ثم المبيع للمشتري إن ملكنا، أو وقفنا فللبائع، وقيل: للمشتري وإن فسخ البيع فللبائع إلا إذا قلنا الملك للمشتري فله، وقيل: البائع أيضًا.

ومنها: النتاج إن حدث وانفصل في زمن الخيار فكالكسب، وإن كان حملًا عند البيع وولد زمن الخيار فإن لم يعطه قسطًا من الثمن كالكسب، وإلا وهو الأصح فإن فسخ فللبائع وإلا فللمشتري وسائر الزوائد المنفصلة كالكسب والنتاج، وأما المتصلة فتابعة للعين ولا فرق في ذلك بين الخيارين.

قال ابن الرِّفْعَة: ولو قيل في الفسخ في خيار المجلس أنها تكون للبائع؛ لأنه حريم العقد ففسخه يبين ألا عقد بخلافه في خيار الشرط لم يتعد.

ومنها: النفقة بناها الجيلي على أقوال الملك.

قال ابن الرِّفْعَة: ويتجه أن يكون كالكسب، ويعضد بما ذكره الرَّافِعِي في نفقة الموصى به.

ومنها: العتق والوطء وتفاريعها مبسوطة في المطولات.

فرع: تلف المبيع بآفة سماء في زمن الخيار قبل القبض انفسخ أو بعده، وقلنا: الملك للبائع انفسخ أيضًا ويسترد المشتري الثمن، ويغرم القيمة كغرامة المستعير والمستلم، وإن قلنا: الملك له أو موقوف، فقيل: ينفسخ وعليه قيمة يوم التلف، وقيل: يستقر ويلزم اليمين والأصح بقاء الخيار فإن تم لزم الثمن، وإلا القيمة، والمصدق فيها المشتري حيث لا يثبته، ولو أتلفه أجنبي.

وقلنا: الملك للمشتري أو موقوف لم ينفسخ في الأصح، وعليه الغرم والخيار بحاله فإن تم المبيع فهي للمشتري وإلا فللبائع، وإن أتلفه المشتري استقر وإن أتلفه في يد البائع، وقلنا: إتلافه قبضًا فكما لو تلف بيده، وإن أتلفه البائع في يد المشتري بني على أن إتلافه كإتلاف الأجنبي أو كالآفة، ولو قبضه في زمن الخيار، ثم أودعه البائع فتلف فكتلفه في يد المشتري حتى إذا قلنا: الملك للبائع يغرم له القيمة وأبدى الإمام احتمالًا في وجوب القيمة لحصول

قال المصنف: [وَيَحْصُلُ الْفَسْخُ وَالْإِجَازَةُ بِلَفْظٍ يَدُلُّ عَلَيْهِمَا: كَفَسَخْتُ الْبَيْعَ وَرَفَعْتُهُ وَاسْتَرْجَعْتُ الْمَبِيعَ، وَفِي الْإِجَازَةِ: أَجَزْتُهُ وَأَمْضَيْتُهُ، وَوَطْءُ الْبَائِعِ وَإِعْتَاقُهُ فَسْخٌ،

التلف بعد العود إلى يد المالك.

فرع: لا يجب في زمن الخيار سليم مبيع ولا ثمن، فإن تبرع به أحدهما فله الاسترداد في الأصح؛ إذ له رده إلى ملكه فإلى يده أولى، وقيل: لا.

قال القاضي الحسين: إن وفر الثمن فائق المبيع، فله أن يسترد.

فرع: الكسب والولد والثمن الحادثان في زمن الخيار قبل القبض إذا قلنا للمشتري قيل: هي مضمونة على البائع، وقيل: أمانة وبه جزم سليم الرازي، والقاضي الحسين، وإن كانت بعد القبض قلنا: هي للبائع.

قال الماوردي: فأمانة عند المشتري وجهًا واحدًا، ولا فرق بين حالتي الفسخ والإجارة، وفي كفاية ابن الرِّفْعَة في حالة الفسخ، وقلنا: الملك قبل يكون مضمونًا على المشتري، قال في مطلبه: ولا أدري من أين نقله.

فرع: الحيض في زمن الخيار إن قلنا: الملك للبائع لم يحصل به استبراء، وإلا فكذلك على الأصح والولادة من الزنا كالحيض.

قال الشارح: (**وَيَحْصُلُ الْفَسْخُ وَالْإِجَازَةُ بِلَفْظٍ يَدُلُّ عَلَيْهِمَا: كَفَسَخْتُ الْبَيْعَ وَرَفَعْتُهُ وَاسْتَرْجَعْتُ الْمَبِيعَ، وَفِي الْإِجَازَةِ: أَجَزْتُهُ وَأَمْضَيْتُهُ**) هذه ونحوها صرائح، ويحصلان بالكناية لو قال البائع: لا أبيع حتى يزيد في الثمن أو يعجله وهو مؤجل، أو قال المشتري: لا أشتري حتى ينقص من الثمن أو إلا بثمن علة، وهو صحاح انفسخ فلو أمضاه البائع فبالعلة.

قال الماوردي: كان استئناف عقد غير الأول وكان لهما الخيار.

قال: (**وَوَطْءُ الْبَائِعِ وَإِعْتَاقُهُ فَسْخٌ**) إذا كان الخيار لهما، أو له وحده، أما الإعتاق فليضمنه الفسخ، وأما الوطء فلإشعاره باستيفائه لها، وقيل: الوطء ليس بفسخ.

وقيل: يفسخ إن نوى به الفسخ، وإلا فلا، وهذا في المحقق أنوثتها، أما لو ولج في قبل مشكل ففي باب الأحداث من شرحه للمهذب عن الْبَغَوِي: أنه

....

الإطلاق، وإن قال: بحقوقها ومقتضى كلام الإمام دخوله عند الإطلاق وعند التصريح بالحقوق، وقضية كلام الْمُتَوَلِّي هنا دخوله عند الإطلاق وجزم في إحياء الموات بأنه لا يدخل عند الإطلاق، وإن قال: بحقوقها الداخلة فيها والخارجة عنها فوجهان: وجه المنع أنه يقبل البيع استقلالًا فلا يدخل إلا بالتنصيص.

ومنها: لا خلاف أنه لا يدخل الشجر المقلوع والمقطوع من غير شرط، وكذا ما في الأرض من تراب منقول وسماد محمول بل ذلك للبائع لا يدخل إلا بالشرط أو يكون التراب أو السماد قد بسط في الأرض واستعمل، قاله: الْمَاوَرْدِي. وقد يقال: أن اشتراط دخول السماد المجموع مفسد للبيع لما لا يخفى بخلاف التراب الطاهر.

ومنها: في تراب الأرض أوجه: ثالثها: إن كان صغيرًا يمكن نقله صحيحًا على حاله من غير مشقة لم يدخل، وإن كان كثيرًا لا يمكن نقله إلا بتفصيل بعضه عن بعض ومشقة كبيرة لأنه يوضع على الدوام كالبناء.

قال الْمَاوَرْدِي: وإن كان في الأرض رحا وقلنا يدخل البناء في البيع دخل بيت الرحا وفي دخول حجارة الرحا ثلاثة أوجه.

قال الصيمري في «الإيضاح»: والصحيح أن يقال: إن كان مبنيًّا أو في حكم البناء دخل وإلا فلا، فجعل أربع أوجه.

قال الْمَاوَرْدِي: وأما دولاب الرحا الذي يديره الماء فتدير الرحا فهو بيع للرحا يدخل في البيع بدخوله ويخرج بخروجه وإلحاقه بالسفل أولى من إلحاقه بالعلو، انتهى.

ولا يبعد أن يقال: في هذه الصورة ونحوها إلى عرف الناحية أن المراد بشيء بيع.

ومنها: لو باع البناء والغراس لم يتعرضوا للأرض فتقاس الأرض التي بين البناء والشجر لا تدخل على المشهور، وقال الإمام في كتاب «الرهن»: إذا كان ما بين المغارس لا يتأتى إفراده بالانتفاع إلا على سبيل التبعية للأشجار

وَأُصُولُ الْبَقْلِ الَّتِي تَبْقَى سَنَتَيْنِ كَالْقَتِّ وَالْهُنْدَبَا كَالشَّجَرِ، ....

فوجهان، وذكر الدارمي أنه إذا باعه عرصةً أجمةً والقصد الغصب والبيت كانت الأرض بيعًا.

قال: ولو قال: بعتك هذه الأرض وما فيها من شجر ودواليب، وكذا وكذا وليس فيها حكى ابن الْقَطَّان عن الإصطخري في صحة البيع وجهين، انتهى. وهذا كلام مظلم.

قال الشارح: **(وَأُصُولُ الْبَقْلِ الَّتِي تَبْقَى سَنَتَيْنِ كَالْقَتِّ وَالْهُنْدَبَاء كَالشَّجَرِ)** فيجري فيها الطرق، والقَتُّ: بفتح القاف وتشديد التاء وهو الرطبة وهو الفصة بالغًا بالصاد المهملة ومن الأمثلة الكرفس والسداب والنعنع والكراث والطرخون والقصب الفارسي وأشجار الخلاف التي تقطع من الأرض كل مدة، والخلاف في أصولها. أما الحرة الظاهرة عند البيع فللبائع جزمًا، وعنها احترز بقوله: وأصول النقل وهو للبائع ترك ما ظهر إلى أوان جزه فيه وجهان في «الحاوي»:

أحدهما: نعم وهو قول من زعم أن ما طلع من ثمار النخل بعد العقد للبائع تبعًا لما طلع منها وأبر.

والثاني: لا ويؤمر بجزه في الحال، وهو قول من زعم أن الطلع الحادث بعد العقد يكون للمشتري وقضية هذا أن يكون الأصح عند الشيخين، الأول لما سيأتي، وقال الْبَغَوِي: لا يجوز البيع حتى يشرط البائع على نفسه قطع ما ظهر منه وتبعه الشيخان، والذي ذكره الشيخ أبو حامد والقضاة أبو الطيب والحسين والروياني والمتولي وغيرهم أن البائع يطالب بجزها في الحال، وليس له تركها إلى أوان جزها، وسكتوا عن وجوب اشتراط القطع في العقد فحصل ثلاثة أوجه، واشتراطه أغربها، والجمهور على وجوبه من غير شرط وذهبت طائفة إلى إبقائه إلى أوان جزه، وبه جزم الدارمي.

قال: ويجبر المشتري على تركه.

قلت: ينبغي حمل كلام الجمهور على ما إذا كان المقطوع باليًا عند قطعه وإلا فهو إتلاف أو تنقيص لغير المبيع، وسيأتي ما قيل فيه.

....

تنبيهات: قوله: (تبقى سنين) يفهم أن ما لا يبقى سنين لا يكون كذلك وإن جُزَّ في السنة مِرارًا بل يكون كالزرع وبهذا جزم الشيخ أبو حامد؛ فقال: حكمه حكم الزرع؛ كله للبائع، وفي «الحاوي» فيما يثمر في السنة مرارًا كالبطيخ والقثاء والخيار وجهين.

قال البغداديون: هو كالشجر للبائع ثمرته وللمشتري الأصل وما يظهر.

وقال البصريون: إنه كالزرع وهو قول: الشيخ أبو حامد، وقد يؤخذ من قول: المصنف التي تبقى سنين ومن قوله: ومن بعد سائر الزروع موافقته؛ لكن الرُّوياني في «الحلية» قال: قال الشافعي: شجرة القِثّاء والبطّيخ ببيع الأرض بإطلاق البيع وما ظهر منها للبائع يأخذها في وقتها، ونقله في «الذخائر» عن العراقيين مطلقًا ثم قال: ولم يخْلُ من خلاف، ومن أصحابنا من قال: هو على الخلاف في الشجر، انتهى.

وجزم الروياني بالتسوية فيما يجز دفعة بعد أخرى وبين ما بقي مدة يسيرة كالهندباء والجرجير وما يبقى سنين، ومقتضى كلامه أنه نص«الأم» وذكر معه كلام الحاوي، وما قاله: هو مقتضى كلامهم في الطريقتين حتى الْغَزَالِي في «الوجيز» كثر أو قلَّ.

وقوله: والهندباء يقتضي أنه مما يبقى أصله سنين، ومعلوم أنه لا يبقى إلا مدة يسيرة كما اقتضاه كلام الروياني وغيره، وبه يظهر أن قوله: سنين ليس بقيد وقد يكون الهندباء نوعان: أحدهما: ما ذكرنا، والثاني: يبقى أصله سنين.

وفيه بعد لا خلاف أن ما ظهر فيما ذكرناه من الأمثلة أثر من كلام المصنف عند البيع للبائع وقطع الشيخ بدخول أصولها في البيع لكمونها بخلاف الشجرة وعكس في«الوسيط» النقل عنه وذكر أنه قطع بأنها كالزرع يعني فلا يدخل وانتقد عليه حمله النبات خمسة أقسام:

أحدها: ما له أصل ثابت يبقى سنين كالبنفسج والنرجس فهو كالشجر.

وفي النرجس والبنفسج وجه شاذ: أنهما كالحنطة والشعير بأنهما ما له

....

أصل يبقى سنين كالقت وما قدمناه معه، والقسمان داخلان في صدر كلام المصنف؛ ولكنه مثَّل بالثاني.

وثالثها: ما يبقى أصله سنة يؤخذ ثمره مرات كالخيار والقثاء والباذنجان، وفيه وجهان سبقا، وكلام المصنف يشعر بموافقة الثاني.

ورابعها: أصل يبقى سنة ويجزه مرة بعد أخرى في السنة وهو كالذي قبله.

وخامسها: الحنطة والشعير ونحوهما وسيأتي إذا أوجبنا قطع ما ظهر عند العقد من النقول، أما على قول من اعتبر شرطه أو على قول من أوجبه بلا شرط.

قال الْمُتَوَلِّي: وتبعاه أنه لا فرق بين أن يكون ما ظهر قد بلغ أوان الجز أو لم يكن، وأطلقوا ذلك واستثنوا القصب الفارسي فإنه لا يكلف قطعه إلا أن ما ظهر قدرًا ينتفع به.

وقال الشيخ أبو حامد: إن القصب الفارسي لا يلزم البائع تحويله إلى وقت قطعه في العادة وهو زمن الشتاء، فإن قطع قبل ذلك الوقت تلف.

وكذا قال الجرجاني والروياني: لك أن تقول: للشيخين إذا أوجبتما شرط القطع فإما أن يكون عامًّا فيما ينتفع أو لا، فإن كان عامًّا يجب الوفاء به، وإن كان محله فيما ينتفع فأي معنى لاستثناء التفضيل ينبغي أن يكون كل ما لا ينتفع به يكون كذلك، والقول بوجوب شرط القطع فيما لا ينتفع به بعيد، ثم تأملت كلام الرَّافِعِي فلم أره ظاهرًا في موافقة الْمُتَوَلِّي على استثناء القصب، ولذلك لم يذكره في شرحه الصغير.

وقال شارح: في استثناء القصب نظر، والوجه أن يقال: القصب وغيره سواء إما أن يشترط الانتفاع في الجميع أو لا يشترط في الجميع وهو الأقرب بخلاف بيع الثمار قبل بُدوّ الصلاح والفرق أن ذلك مبيع فيشترط فيه المنفعة ولا كذلك هنا، انتهى وفي الفرق نظر.

وقال شارح آخر: يشترط على البائع قطع الجزء الظاهر سواء كان ما ظهر بالغًا من الجزء أم لا.

وَكَذَا بَيْعُهُ وَإِجَارَتُهُ وَتَزْوِيجُهُ فِي الْأَصَحِّ، وَالْأَصَحُّ أَنَّ هَذِهِ التَّصَرُّفَاتِ مِنْ الْمُشْتَرِي إِجَازَةٌ، ....

ليس له حكم الوطء في الفسخ والإجارة، قال: فإن إجبار الأنوثة بعدة تعلق بالوطء السابق الحكم، انتهى.

وفيه نظر وفي مقدمات الوطء كالقبلة ونحوها ليست بفسخ في الأصح عندهما.

قال ابن الرِّفْعَة: الأشبه خلافه؛ لأنها لا تباح إلا بالملك والركوب والاستخدام ليس بفسخ في الأصح خلافًا للبغوي.

إشارة: نسبة أن يكون التردد في مقدمات الوطء في المباحة له لولا البيع، وكذلك الوطء، أما لو كانت محرمة عليه بتمجس، أو تزوج قرابة، أو صهرًا، أو رضاع، فلا يكون فسخًا، وكذلك لو لاط بالمستباحة له أو بالغلام أو قبله ونحو ذلك، وهل يختلف الحال بين أن يعلم أن الموطوءة المبيعة أو يظنها غيرها أو يعرفها؛ ولكن يقصد الزنا لاعتقاده ذلك الظاهر نعم لم أر فيه نصًا.

قال: **(وَكَذَا بَيْعُهُ وَإِجَارَتُهُ وَتَزْوِيجُهُ فِي الْأَصَحِّ)** لإشعارها باختيار الإمساك، وكذلك الرهن والهبة إذا أقبضهما، وكذلك الوقف وتصح هذه التصرفات في الأصح.

قال: **(وَالْأَصَحُّ أَنَّ هَذِهِ التَّصَرُّفَاتِ مِنَ الْمُشْتَرِي إِجَازَةٌ)** لدلالتها على اختياره المبيع، والخلاف إذا كان بغير إذن البائع، فإن كان بإذنه فأجازه قطعًا، ويصح البيع بإذن البائع، أو إذا باع منه كما سبق في الأصح وعتقه بإذن البائع نافذ، وإلا فإن كان الخيار له نفذ، وإن كان للبائع أو لهما، وقلنا: الملك للبائع لم ينفذ، وإن قلنا: موقوف فموقوف، وإن قلنا: للمشتري؛ فالأصح لا ينفذ، والوقف وباقي التصرفات كالبيع ومجرد الإذن في ذلك من البائع ليس بإجازة ما لم يتصرف المشتري، كذا قاله الصيدلاني.

قال الشيخ: وفيه نظر؛ لأن العبرة بالدلالة على الرضا، وذاك حاصل بمجرد الإذن.

وَأَنَّ الْعَرْضَ عَلَى الْبَيْعِ وَالتَّوْكِيلَ فِيهِ لَيْسَ فَسْخًا مِنَ الْبَائِعِ وَلَا إجَازَةً مِنَ الْمُشْتَرِي.

فَصْلٌ: لِلْمُشْتَرِي الْخِيَارُ بِظُهُورِ عَيْبٍ قَدِيمٍ كَخِصَاءِ رَقِيقٍ وَزِنَاهُ وَسَرِقَتِهِ وَإِبَاقِهِ ....

وحكى القاضي الحسين: فيما إذا أذن في الوطء ولم يطأ، وجهين في بطلان خيار البائع بمجرد الإذن ويتجه جريانهما في الإذن في البيع، ولو رأى البائع المشتري يطأ الأمة، وسكت فخياره باقٍ في الأصح وإذنه للمشتري في طحن الحنطة، وله الرجوع قبل تصرفه فيما أذن وفيه نظر للمصنف.

قال: (**وَأَنَّ الْعَرْضَ عَلَى الْبَيْعِ وَالتَّوْكِيلَ فِيهِ لَيْسَ فَسْخًا مِنَ الْبَائِعِ وَلَا إجَازَةً مِنَ الْمُشْتَرِي**) لأنه ليس فيها إزالةَ ملك؛ ولأن العرض على البيع هم به؛ ولأنه قد يقصد أن يستبين مما يدفع فيه أربح أم خسر، والهبة والرهن بغير إقباض، والوصية به كالعرض على البيع والوجهان في التوكل حكاهما الْمُتَوَلِّي تفريعًا على قولنا: المبيع فسخ ووقع في «الروضة»، و«الشرح» أن في العرض على البيع والإذن والتوكيل وبه وجهين في كونه فسخًا من البائع، وإجازة من المشتري، فإن أراد بالإذن التوكيل فيه فهو عطف الشيء على نفسه، وإن أراد إذن البائع للمشتري، فقد نقلا عن الصيدلاني أنه لا يكون بمجرده إجازة قاطعة للخيار، ولا يمكن جريان الوجهين فيه لاستحالة أنه فسخ من البائع، نعم يمكن جريانهما في أنه أجازه لما سبق عن القاضي الحسين.

قال: (**فَصْلٌ: لِلْمُشْتَرِي الْخِيَارُ بِظُهُورِ عَيْبٍ قَدِيمٍ**) أي: بالإجماع.

قال: (**كَخِصَاءِ رَقِيقٍ**) الخصاء ممدود، وكان الجيد أن يقول: كالخصاء؛ لأنه في البهيمة عيب، قاله الجرجاني وغيره، وينبغي استثناء الضأن المقصود لحمه؛ لأنه أجود وغالب فيه، وكذا في البراذين والبغال لغلبه فيهما؛ بل الفحولة فيهما تنقص في القيمة.

والخصي: من نزعت خصيتاه، وفي حكمه الممسوخ، ومن جب ذكره.

قال: (**وَزِنَاهُ وَسَرِقَتِهِ وَإِبَاقِهِ**) أي: ذكرًا كان، أو أنثى أقيم عليه الحد أم لا صغيرًا كان لأنه يتعود، أو كبيرًا.

....

وقيل: إذا ارتفعت مدة مديدة بحيث يغلب على الظن زوالها، ثم وجدت في يد المشتري لم يرد لاحتمال ارتفاعها، ثم حدث بها والجناية كالسرقة واللواط، وتمكينه من نفسه كالزنا، ولا يشترط في شيء من ذلك بالتكرار؛ بل شيء وجد في يد البائع أو يد من يقدمه، وإن قدم كان عيبًا، وكذا لو وجدت قبل استرقاقه، وإن لم أره نصًّا.

وقال في «الوجيز»: اعتياد الزنا، والإباق، والسرقة، والمن والفداء، وما قاله جميعه من كلام إمامه، فإنه ذكره متفرقًا، وقال: هنا والعبد الزنا معيب مردود كالجارية المساحقة.

وقال أبو حنيفة: اعتناء الزنا عن العبيد عيبًا، وكلام الأصحاب مصرح بالزنا بالاكتفاء بمرة، وكلام جمهورهم في الإباق دال على ذلك تصريحًا وتلويحًا نعم لو أبق بيد البائع مرة، ثم أبق في يد المشتري؛ فالأصح أن له الرد مميزًا كان أو بالغًا؛ لأن الإباق الثاني من أثر الأول.

وقال القاضي الحسين: يمتنع الرد ويثبت الأرش؛ لأنه عيب جديد إلا إذا تكرر الإباق في يد البائع واستتر بحيث لا تنقص القيمة بالإباق في يد المشتري، وكذا قال: في الزنا.

وقال الْمُتَوَلِّي: إذا وجد الزنا أو السرقة إلا الإباق في يد المشتري بعد تقدمه، فإن زادت قيمته نقصًا بذلك فلا رد له، وإلا فله الرد.

وقال جماعة: إذا أبق بيد البائع مرة فلا رد إلا إذا أبق في يد المشتري، ثم اختلف هؤلاء:

فمنهم: من يطلق هذا القول في الكبير والصغير المميز وهو الثقفي.

ومنهم: من يخصه بالصبي المميز وهو الهروي، فهذه وجوه في الإباق مردود طرد الهروي قوله في الزنا والسرقة.

تنبيهان:

أحدهما: قال صاحب «التعجيز في شرح الوجيز»: الاعتياد ليس بشرط في

الزنا حتى لو زنا مرة واحدة يثبت الخيار، بسببه اتفق الأصحاب على هذا، وانفرد صاحب الكتاب باعتياده، ولعله لم يرد تكرار الزنا، وإنما أطلق هذه اللفظة على أن العادة تثبت بمرة واحدة، وقد وقع في كلام الإمام لفظ الاعتياد في غير هذا الموضع، فقال: واعتياد السرقة والإباق، ولعله أراد به ما ذكرناه، انتهى.

وقال صاحب «التعجيز في شرحه للوجيز»: شرط الغزالي في الزنا والإباق والسرقة الاعتياد، وهو ظاهر عبارة الإمام فذكر في موضع اعتياد السرقة والإباق.

وقال أيضًا: لو خرج العبد زانيًا أو خوَّانًا فجاء بلفظ التكبير، وجاء به الْبَغَوِي في الشرب فقال: ووجد شريبًا، واعتياد الماوردي في جناية الخطأ التكرار يؤيده، وذلك أن العبيد لا يخلون من هفوة مرة وليست المرة الواحدة مخالفة مخالفة المعهودة، ثم حكى: أن إطلاق أكثر النقلة رد اختيار جده الاكتفاء مرة، وبه جزم الْبَغَوِي في الزنا، وابن الصباغ والمتولي في الإباق، انتهى.

الثاني: حيث قلنا: له الرد بالإباق فمحله في حال عوده إلى يده، أما حال إباقه فلا قطعًا، ولا في الأصح، وأبدى بعض المتأخرين في الرد احتمالًا كمذهب مالك. ووقع في «كفاية ابن الرِّفْعَة» ذكر الخلاف في السرقة مع الإباق وتخصيصه بالبالغ، وبما إذا لم تطل المدة، وليس كما قال.

وحكى المحاملي وغيره عن أبي إسحاق: أنه لو أبق قبل القبض فقال البائع: لا تفسح فإن آتيك به فلا خيار أطلقوه، وصرح غيرهم بأن صورتها ما إذا شرط البائع أنه أبق ثم أبق في يده قبل القبض، قالوا: فإذا أمكن رده على قرب لم يثبت الخيار، وهذا مراد من أطلق والله أعلم.

فرع: قال الماوردي: والجمل الشرود كالآبق.

قلت: ويظهر أن يشترط هنا الاعتياد والصيغة دالة عليه وألحق بالجمل غيره من الدواب.

قال: **(وَبَوْلِهِ فِي الْفِرَاشِ)** إلا أن يكون صغيرًا فلا، قال الْمُتَوَلِّي والبغوي، وهو من كان دون سبع سنين.

وَبَخَرِهِ وَصُنَانِهِ ....

وقال القاضي أبو الطيب وغيره: إلا أن يكون مثله يحترز منه، والأصح هنا اعتبار الاعتياد ولو لم يعلم كبر العبد.

وقال الماوردي والروياني: فلا رد ويرجع بالأرش؛ لأن علاجه في الكبر صعب فصار كثيره كالعيب الحادث، وليطرد في هذا في كل ما يضارعه.

قال: (**وَبَخَرِهِ**) أي: شرط كونه من المعدة دون ما يزول بالتنظيف، ومنع في «الذخائر» كون ذلك بخرًا وفي التجريد أن الأمة ترد تغير النكهة[(١)].

قال: (**وَصُنَانِهِ**) أي: المستحكم الذي يخالف العادة، ويحتاج في دفعه إلى علاج زائد عن المعتاد، وقيل: ليس بعيب وليس بشيء، والأقرب في البول والبخر والصنان عندنا من العبد، والأمة بحصول التأذي بكل منهما.

فرع: ومن عيوب الرق على كثرتها كونه مختلًا، أو أبله، أو ثقيل السمع، أو أخفش، أو أجهر، أو أعشى أو أخشم، أو أبكم، أو أرث، أو ألثغ، قيل: إلا أن يستحسن هذا في الأنثى محتمل دون الذكر فاقد الذوق أو الظفر وسوادها مثلًا أو له إصبع زائدة، أو سن سابعة، أو مقلوع السن كلًا في الظل مع سلامة أو شيبة عاهة، أو تراكب، أو قروح، أو آثار قبيحة، أو ثآليلًا وحبلان كثيرة، أو به بهق، أو برش، أو نمش، أو برص، أو أبيض الشعر قبل أوانه، أو نمَّامًا، أو كذابًا، أو شتَّامًا، أو متناحرًا، أو مقامرًا، أو تاركًا للصلاة، أو شاربًا للخمر على الأصح فيهما، وعبارة الْبَغوِي وغيره أو وجد شرِّيبًا، وهو ظاهرهم في اعتبار التكرار.

وذكر في «الفتاوى»: أنه إن كان قد شربها مرة، ثم تاب وأصلح فإن كان قد حد فلا رد، وإلا رد إلا إذا قلنا: الحد يسقط بالتوبة، وتقادم العهد والظاهر

---

(١) قَالَ الْمُتَوَلِّي: إنْ زَادَتْ قِيمَةُ الْمَبِيعِ نَقْصًا بِذَلِكَ فَلَا رَدَّ وَإِلَّا فَلَهُ الرَّدُّ (وَ) مِنْهَا (الْبَخَرُ) النَّاشِئُ (مِنْ) تَغَيُّرِ (الْمَعِدَةِ) لَا مِنْ قُلَحِ الْأَسْنَانِ فَلَيْسَ بِعَيْبٍ؛ لِأَنَّهُ يَزُولُ بِالتَّنْظِيفِ وَالتَّقْيِيدُ بِكَوْنِهِ مِنَ الْمَعِدَةِ حَكَاهُ الْقَاضِي مُجَلِّي عَنْ بَعْضِهِمْ ثُمَّ قَالَ وَلَا حَاجَةَ إلَيْهِ لِأَنَّ الْبَخَرَ لَا يَكُونُ إلَّا مِنْهَا (وَالصُّنَانُ الْمُسْتَحْكِمُ الْمُخَالِفُ لِلْعَادَةِ).انظر «أسنى المطالب»(٨/ ١٥٣).

وَجِمَاحِ الدَّابَّةِ وَعَضِّهَا ....

أن الكلام في المسلم دون اليهودي والنصراني، ومن يعتاد الخمر من أهل الكفر، فإنه غالب فيهم، وفي ترجيح الرد بترك الصلاة نظر، ولا سيما من قرب عهده ببلوغ أو إسلام؛ إذ الغالب عليهم الترك، ولا سيما الأصائل هو غالب في قديمات الإسلام، وقضية الضابط الآتي أن يكون الأصح منع الرد، وينبغي أن يلحق بالخمر كل مسكر، وأكل الحشيش والبنج، ومنها خنثى، ولو واضحًا، أو مخنثًا، وهو من خلقه كخلقة النساء في حركاته وكلامه، فإن كانت خلقته فلا إثم، وإلا ذكر كبيرًا هكذا أطلقوه، وينبغي أن يكون الخلاف فيما إذا كان ممن يخفوه، فأما إذا كان من قوم يرونه كأكثر النصارى والترك وغيرهم فلا، إلا أن يكون قد تقادم إسلامه، أو نساء الترك ببلد الإسلام، وإن كانت أنثى كبيرة فالأصح عند الْمُتَوَلِّي والروياني أنه عيب، وفي المهذب وغيره خلافه، وفي الأول ما قدمناه.

وقال الرُّويَانِيّ في «التجربة»: لو وجدها غير مجنونة لا خيار، وإن بان الغلام غير مجنون فإن كان له سبعًا فما دون لا خيار، وإن كان كبيرًا، وفي ختانه ضرر يثبت الخيار، انتهى.

وكونها مساحقة، أو بها بخر، وهو كغير رائحة الفرج، أو حاملًا، أو مستحاضة مجوسية، أو وثنية وفيهما كلام يأتي، أو معتدة عن زوج بشبهة أو لا محيض في سنة، أو مستحاضة، أو أحد ثدييها أكبر من الآخر، وفي إعجاز للجيلي أنها إذا خرجت معتدة ردها إلا أن تكون محرمة عليه بنسب، أو رضاع، أو مصاهرة، وهو غريب، والأشبه خلافه إذ قد يبيعها فترد عليه، ولا سيما إذا تراخى زمن انقضاء عدتها، وهذا باب واسع.

قال: (**وَجِمَاحِ الدَّابَّةِ وَعَضِّهَا**) أي: الزائد على المعهود، وإذا كانت جموحًا، أو عضوضًا، أو وحشة المشي بحيث يخاف منه السقوط، وشرط الْمُتَوَلِّي، وتبعه الرُّويَانِيّ في الجموح: ألا تنقاد إلا باجتماع الناس عليها، وهو بعيد وإن أفهمه كلام القاضي الحسين، ولو كانت تهرب من كل شيء تراه، فله الرد.

....

قال الهروي: ومن عيوبها شربها لبنها، وقلة أكلها وأن يكون الفحل إذا اغتلم قتل، وليس الحمل في البهيمة عيبًا على الأصح بخلاف الأمة كذا ذكر الرَّافِعِي وغيره هنا؛ لكنه ذكر بعد ذلك: أنه لو اشترى جارية، أو بهيمة حاملًا فحملت، ثم اطلع على عيب فإن نقصت بالحمل فلا ردّ إن كان الحمل حصل في يد المشتري، إن لم ينقص أو كان الحمل حصل في يد البائع فله الرد، وهذا يقتضي أن الحمل في كل منهما يكون عيبًا، وقد يكون وهو مخالف للإطلاقين السابقين.

فائدة: قال الثعالبي في كتاب «الآداب»: فرس جموح له معنيان:

أحدهما عيب: وهو إذا كان يركب رأسه لا يثنيه شيء، فهذا يرد به، والثاني: هو القشط السريع، وذلك ممدوح قاله الأزهري، ومراد الفقهاء الأول.

فرع: مما يقتضي الرد كون الدار منزل الجُند ونحوهم من أتباعهم إذا اختصت به عما حولها، ونجاسة المبيع إذا كان ينقص بالغسل، وينبغي أن يراد، وكان لغسله مؤنة، وظهور قباله توفق المبيع، وعليها خطوط المتقدمين، وليس في الحال من شهد بذلك عيب وهو ظاهر؛ لأنه إلا أن يعلم أنها مزورة قاله الماوردي وغيره.

قال: وكذا لو ادعى مدعٍ معول على دعواه فقيه يحتمل أن يقال: ذلك عيب، وهذا إذا سبقت الدعوى البيعَ، أو كانت بعد البيع، وقبل القبض، وذكر بعضهم أن الشيوع بين الناس توقفه المبيع لعيب وهو ظاهر؛ لأنه مما ينقص القيمة.

فرع: ليس من العيوب كونها، أو كونه مغنيًا، أو عارفًا بالعزف، أو الضرب بالعود، أو زارًا على الأصح، ولا كونها ثيبًا إلا في سن تغلب فيه البكارة، وجناية الخطأ بعد الفداء ليست عيبًا إلا أن يكثر، وذكر ابن الرِّفْعَة أن يصد.

وفي «الْبُوَيْطِي» يدل على أنها لو كثرت لا يثبت الخيار، ومفهومه يحتمل ذلك، وقبل الفداء إن صححنا البيع.

قال ابن الرِّفْعَة: نسبة إن ثبت الخيار ألزمنا السيد فداه أم لا، وهو كما

وَكُلِّ مَا يَنْقُصُ الْعَيْنَ أَوِ الْقِيمَةَ نَقْصًا يَفُوتُ بِهِ غَرَضٌ صَحِيحٌ إِذَا غَلَبَ فِي جِنْسِ الْمَبِيعِ عَدَمُهُ، ....

قال: ولا رد بالكفر في موضع لا ينقص القيمة، وأطلق جماعة أنه لا رد به وآخرون الرد به، ولعل الإطلاقين محمولان على التفصيل، وفيه نظر، وفي «المهذب» أنه يرد بالتوتر؛ لأنه لا نقر عليه واستغرق، فإن المعروف أن العبد الوثني لا يقبل، ولو كان البائع باعه بوكالة، أو وصاية، أو ولاية، أو أمانة حاكم فلا رد في الأصح قاله المصنف.

وفي «البحر» وجه ثالث أنه إن لم يكن الولي ثقة ظاهر أثبت له الخيار.

تنبيه: أكثر هذه العيوب من التبول في الفراش، وإلى هنا إذا وجدت، وزالت قبل البيع زال حكمها بخلاف العيوب السابقة.

فائدة: إذا اشترى عبدًا كاتبًا أو متصفًا بصفة يزيد في ثمنه، ثم زالت تلك الصفة بنسيان أو غيره في يد البائع ثبت للمشتري الخيار، وإن لم يكن فواتها غبنًا قبل وجودها. قال ابن الرِّفْعَة: وهذا لا شك فيه.

قال: (**وَكُلِّ مَا يَنْقُصُ الْعَيْنَ أَو الْقِيمَةَ نَقْصًا يَفُوتُ بِهِ غَرَضٌ صَحِيحٌ إِذَا غَلَبَ فِي جِنْسِ الْمَبِيعِ عَدَمُهُ**) هذا ضابط يكتفى به عن تفصيل العيوب ذكره الإمام، وننعاه عليه وذكر نقصان العين ليدخل الحط، وما يفرض من زيادة القيمة لا يجبر ذلك بالنقص، وقوله: يفوت به غرض صحيح احتراز مما لو قطع من فخذه، أو ساقه فلذة يسيرة لا يورث سببًا ولا يفوت تغرضًا، فإنه لا رد ولو قطع من أذن الشاة ما يمنع التضحية يثبت الرد، وإلا فلا.

وقوله: إذا غلب في جنس المبيع عدمه ليخرج الثيابة في الأمة الكبيرة فإنه لا رد بها، وإن نقصت القيمة؛ لأنه ليس الغالب عدمها، وكذا أقول: إن وجد الفرس دون البغل خصيًا لا رد بخلاف العبد، فإن الغالب له خفضًا وهما في الصغير، وكذا الضأن المعد للأكل، وزاد بعضهم في نقص العين أن يكون من الخلقة التامة احتراز من قطع الإصبع الزائدة إذا وجد عند البائع أو اندمل، فإنه ليس للمشتري الرد قاله الْبَغَوِي والمتولي، ولو وجد بذلك عند المشتري.

....

قال الْمُتَوَلِّي: لم يمنع الرد بعيب قديم فجرى على قاعدة واحدة.

وقال القاضي أبو الطيب وابن الصباغ: يمنع وإما أن ترياه عيبًا مطلقًا خلافًا للمتولي والبغوي، وإما أن يكون؛ لأنه جزء ورد عليه العقد؛ لكنه بعيد لا غرض فيه غالبًا، وقد يتعلق به غرض كما لو كان كافرًا قلف فختنه واندمل[1]، ثم أراد رده بعيب قديم اطلع عليه بعد بلوغه رده، فإن من الكفار من لا يشتري المختون، والمنقول أن له الرد هكذا أطلقوه، فقالوا: لو وجد مختونًا مندملًا فلا رد، وكأنهم لم ينظروا إلى قصود الآحاد.

واعلم أن الْبَغَوِي، وصاحب «الكافي» جعلا الحد كل ما ينقص القيمة عند التجار، ونحوه قول الدارمي له الرد بكل عيب ينقص الثمن، وإن قل فإذا وجد الجارية حبلى، فإن نقص ثمنها فله الرد، وإلا فلا، وإن حبلت عنده، ثم وجد بها عيبًا فإن كان الحبل نقصها لم ترد، وأخذ الأرش وإن لم يكن نقصها ردها، وقيل: له أن يمسك حتى تلد فيردها دون ولدها ما لم ينقص الولد، انتهى.

فرع: اشترى ثوبًا، وقبضه، وسلم ثمنه، ثم رد العبد بعيب قديم، فوجد الثمن ناقصًا لصفة. قال الْقَفَّالُ: يأخذه ناقصًا ولا شيء له في مقابلة النقص.

قال الإمام: وهذا مشكل فإنه لو قدر تلف الثمن رجع ببدله فإلزامه الرضا به معيبًا بعد الرد بعيد، قال الشيخ في الزكاة من «شرح المهذب» قلت: الصواب أن المتعين قول الْقَفَّال.

قلت: فيه نظر، وسيأتي ما يخالفه، وأن ما قاله الْقَفَّالُ وجه مرجوح.

فرع: اختلفا في صفة هل هي عيب صدق البائع بيمينه إن لم يعرف الحال من غيرهما، فإن عرف:

قال الْبَغَوِي: إن قال لك واحد من أهل المعرفة إنه عيب ثبت الرد به، وأجاب الفوراني واعتبر الْمُتَوَلِّي شهادة اثنين وهو الجواب في «فتاوى الْقَفَّال» وغيرها والقياس.

---

(١) القُلْفة الجلْدة التي تُقْطع من ذَكر الصَّبِيِّ. «النهاية في غريب الحديث» لابن الأثير (١٠٣/٤).

سَوَاءٌ قَارَنَ الْعَقْدَ أَمْ حَدَثَ قَبْلَ الْقَبْضِ، وَلَوْ حَدَثَ بَعْدَهُ فَلَا خِيَارَ ....

فرع: لو ادعى البائع علم المشتري بالعيب قال هنا: والقول قول المشتري، وقال ابن الْقَطَّان في فروعه في أواخر القراض: إذا قال البائع: أريتك العيب وأنكر المشتري تحالفا كما لو اختلفا في الأجل وقدر الثمن.

فرع: ذكر شُرَيْح الرُّويَانِيّ في «أدب القضاء»: أنه لو اشترى شيئًا، ثم قال الآخر: اشتره مني؛ فلا عيب فيه فأبى ثم أراد رده بعيب فأوجه، ثالثها: إن أطلق نفي العيب فله الرد، وإن عين عيبًا كقوله: ليس بأبيض فلا رد له به.

قال: (**سَوَاءٌ قَارَنَ الْعَقْدَ**)، وهو إجماع.

(**أَمْ حَدَثَ قَبْلَ الْقَبْضِ**)؛ لأنه مضمون على البائع عندنا ثم هذا في الآفة السماوية، أو من البائع، أو أجنبي، فإن كان من المشتري فلا، في الأصح، ولو حدث قبل القبض بسبب متقدم رضي به المشتري بأن اشترى بكرًا مزوجة عالمًا فأقبضها الزوج قبل القبض، لم أره نصًّا والأقرب ألَّا رد لرضا سببه.

وأطلق القاضي الحسين: أن زوال البكارة في يد البائع يثبت الخيار، وصرح الْمُتَوَلِّي بأنه لا يمتنع الرد بعيب قديم.

فرع: اشترى الولي وظهر عيب قديم فإن كان الشراء بالعين فباطل، أو في الذمة يعد للولي إن اشتراه سليمًا فحدث عيب قبل القبض، وراعى الحط إمساكًا، وردًا، فإن ترك الرد وهو الحط، فإن كان الشراء بالعين بطل العقد، أو في الذمة انقلب إلى الولي، قاله الْمُتَوَلِّي، وفي القسم الأخير نظر! والقياس غيره.

قال: (**وَلَوْ حَدَثَ بَعْدَهُ**) أي: بعد القبض.

(**فَلَا خِيَار**) أي: إذا كان بعد اللزوم بالتفرق أو التخاير قطعًا إلا ما سيأتي، وحديث: «**عهدة الرقيق ثلاث ليالٍ**»[1].

---

(١) حديث عقبة بن عامر: أخرجه أحمد (٤/ ١٥٢، رقم ١٧٤٢٢)، وابن أبي شيبة (٧/ ٣٠٦، رقم ٣٦٣٢٦)، وأبو داود (٣/ ٢٨٤، رقم ٣٥٠٦)، والحاكم (٢/ ٢٥، رقم ٢١٩٨)، والبيهقي (٥/ ٣٢٣، رقم ١٠٥٣٣). والدارمي (٢/ ٣٢٦، رقم ٢٥٥١)، والطبراني (١٧/ ٣٤٨، رقم ٩٥٨)، وابن عدي (٧/ ٣٨، ترجمة ١٩٧٤ نصر بن حماد أبو الحارث) وقال: قال البخاري: يتكلمون. والديلمي (٣/ ٥٤، رقم ٤١٣٩). =

إِلَّا أَنْ يَسْتَنِدَ إِلَى سَبَبٍ مُتَقَدِّمٍ كَقَطْعِهِ بِجِنَايَةٍ سَابِقَةٍ فَيَثْبُتُ الرَّدُّ فِي الْأَصَحِّ، ....

وفي رواية «**أربع**»(١) ففيه انقطاع، واضطراب، وتدليس.

قال الإمام أحمد: ليس فيه حديث يثبت، وإن حدث العيب بعد القبض، وقبل انقضاء الخيار ففيه خمسة طرق ذكرتها في «الغنية» أرجحها عند الرَّافِعِي إن قلنا: الملك للبائع انفسخ، وإلا فلا في الأصح، وإذا تم العقد لزم الثمن، وحيث يقول: بالانفساخ فحدوث العيب لحدوثه قبل القبض، وحيث يقول بعدم الانفساخ فلا أثر لحدوثه في إثبات الخيار كما أطلقه المصنف من عدم الخيار موافق لما صححه الرَّافِعِي في التلف، ويد المشتري ونائبه سواء، وإن كان النائب هو البائع بأن قبضه، ثم أودعه إياه نص عليه الشَّافِعِي والأصحاب، ولو أودع البائع المبيع عند المشتري.

وقلنا: لا يسقط حق الجنس بالإيداع، وهو الأصح وبه جزما قبيل مكان الالتقاط فتلف، أو تغيب فكما لو كان ذاك في يد البائع.

تنبيه: حدوث الزنا بعد القبض عيب يمنع الرد، واستثنى القاضي الحسين منه ما إذا لم ينقص قيمتها تارة عرفت به، واشتراها على ذلك، فإنه لا يمتنع الرد، وذكره الْمُتَوَلِّي وطرده في الإباق، والسرقة أيضًا إذا حدث ولم تنقص القيمة، قال: لأنها عيب من طريق الحكم يعني: بخلاف المرض ونحوه إذا زاد، فإنه عيب من حيث المشاهدة.

قال: (**إِلَّا أَنْ يَسْتَنِدَ إِلَى سَبَبٍ مُتَقَدِّمٍ**) أي: على العقد أو القبض.

(**كَقَطْعِهِ بِجِنَايَةٍ**) أو سرقة.

(**سَابِقَةٍ فَيَثْبُتُ الرَّدُّ فِي الْأَصَحِّ**) أو زوال البكارة بزواج متقدم، أو استيفاء الحد بالسياط، قال: فيثبت الرد في الأصح أي: المنصوص في «الأم» ويكون

= حديث سمرة: أخرجه ابن ماجه (٢/ ٧٥٤، رقم ٢٢٤٤) قال البوصيري (٣/ ٢٩، رقم ٢٦): هذا إسناد رجاله ثقات، والطبراني (٧/ ٢١٠، رقم ٦٨٧٤).

(١) أخرجه أحمد (٤/ ١٥٠، رقم ١٧٣٩٥)، والحاكم (٢/ ٢٦، رقم ٢٢٠٠) وقال: صحيح الإسناد غير أنه على الإرسال فإن الحسن لم يسمع من عقبة بن عامر. والبيهقي (٥/ ٣٢٣، رقم ١٠٥٣٤).

....

البائع بالنسبة إلى ذلك أحاله للهلاك على السبب، وهو قول أبي إسحاق وابن الحداد وغيرهما.

وقال ابن أبي هريرة: لا يثبت وهو نصه في «الإملاء» ونسب إلى ابن سُرَيْج، ويرجع بالأرش، ويكون من ضمان المشتري فلو علم السبب، فلا رد ولا على القولين.

وفي «الشامل»: لم يرجع على المذهب وتأويل كلامه أولى من إثبات خلاف، وكان الوجه أن يقول المصنف في الأظهر إذ الخلاف قولان منصوصان.

فرع: إذا قطع وقلنا بالأصح فتعذر الرد بسبب فالأرش ما بين قيمته سليمًا وأقطع، وعلى الثاني ما بين قيمته سليمًا مستحق القطع وغير مستحقه، وفي زوال البكارة إذا قلنا بالأصح، وتعذر الرد فالأرش فهو ما بين قيمتها بكرًا غير مزوجة مقترعة من الثمن، وإن جعلناهن ضمان المشتري، فلا رد له، وله الأرش وهو ما بين قيمتها بكرًا غير مزوجة وبكرًا مزوجة، ووقع في بعض النسخ في «الروضة» خلل جرى عليه ابن الرِّفْعَة ذكرته في «الغنية» ونسخه المصنف بخطه على الصواب.

فرع: علم بزواجها، ورضي به ثم وجد عيبًا قديمًا بعد إزالة البكارة في يده بالسبب السابق، فإن جعلناه من ضمان البائع، قال القاضي الحسين والبغوي والرافعي: له الرد، ومنعه الْبَغَوِي، وهو الأصح ويجب الجزم به؛ لأنه رضي بالعيب فسقط أثره فيكون حدوثه مانعًا من الرد، وإنما يصح ما ذكره، ولو قيل: بأن ذلك كالاستحقاق، كما يقوله أبو إسحاق في القتل بردة سابقة؛ لكن قول أبي إسحاق هناك مرجوح وحرمانه في القطع ونحوه، أنكره الشيخ أبو علي وسبقت عبارة «الشامل» فيه، وغايته أن يثبت وجه ضعيف.

ولذلك قلنا: ينبغي الجزم بما قاله الْمُتَوَلِّي إن جعلناه من ضمان المشتري امتنع الرد، ورجع بالأرش وهو ما بين قيمتها من وجه مزوجة سليمة، ومثلها معيبة، وهذه عبارة القاضي الحسين، وقال الْبَغَوِي والرافعي: ما بين قيمتها مزوجة ثيبًا سليمة، ومثلها معيبة.

بِخِلَافِ مَوْتِهِ بِمَرَضٍ سَابِقٍ فِي الْأَصَحِّ.

وَلَوْ قُتِلَ بِرِدَّةٍ سَابِقَةٍ ضَمِنَهُ الْبَائِعُ فِي الْأَصَحِّ.

وقوله: ثيبًا ليس بجيد؛ لأنه إن لم يختلف الحال فهو مخسر، وإن اختلف فهو مفسد؛ لأنها كانت بكرًا عند العقد، والقبض، والمعتبر قيمة يوم العقد على قول، ويوم القبض على قول، وأقل القيمتين على الأصح، واعتبار التسوية الحادثة بعد لم يقل به أحد.

قال: (**بِخِلَافِ مَوْتِهِ بِمَرَضٍ سَابِقٍ فِي الْأَصَحِّ**) لأن المرض يتزايد فيحصل الموت بالزائد، ولا يتحقق إضافته إلى السابق، والخلاف طريقان أشهرهما القطع بهذا، أو أنه من ضمان المشتري.

والثانية: على الخلاف في التي قبلها، فكان من حقه أن يقول على المذهب، ثم الخلاف في المرض المخوف، أما غيره فلا ينسب الموت إليه، ويجري الطريقان في الجراحة السارية، والحامل تموت في الطلق، ثم على الأصح يتعين الأرش إن جهل، وإلا فلا شيء له، وعلى الثاني ينفسخ البيع، ويرجع بالثمن كله، ولا رد هنا على الوجهين.

قلت: قال بعض من أدركنا: ولا شك أنه لو علم أن زيادة المرض سبب الأول، وأن الموت سببه ترجح طريقة الخلاف، وإحالة الضمان على البائع؛ لكن ذلك غير موثوق به، وقد يشارك المرض من أحوال المزاج، وما يطرأ عليه مما يخفى عن الطبيب الحاذق ما يولد زيادة من مرض إلى الأول، وهذا كثير ليس بالنادر، والأصل لزوم العقد فلا ينتقص بهذه الأمور التي لا تنضبط.

قلت: وهذا يتولد منه رد شهادة الطبيب الحاذق العدل في هذا المعنى، وشبهه وفيه نظر، والأقرب أنه إذا ادعى العدل العارف الإحاطة بذلك، وجزم به رتب عليه حكمه، وطرح الاحتمال البعيد.

قال: (**وَلَوْ قُتِلَ بِرِدَّةٍ سَابِقَةٍ ضَمِنَهُ الْبَائِعُ فِي الْأَصَحِّ**) أي: المنصوص في الخلاف هو القولان، والوجهان السابقان في قطعه بجناية، أو سرقة سابقة؛ لكن الحكم بكونه من ضمان البائع هناك موجب للرد بالعيب، وهنا لانفساخ

وَلَوْ بَاعَ بِشَرْطِ بَرَاءَتِهِ مِنَ الْعُيُوبِ فَالْأَظْهَرُ أَنَّهُ يَبْرَأُ عَنْ كُلِّ عَيْبٍ بَاطِنٍ بِالْحَيَوَانِ لَمْ يَعْلَمْهُ دُونَ غَيْرِهِ، ....

البيع والرجوع بالثمن هذا لم يعلم بالردة، فإن علم لم يرجع بشيء على المذهب، قيل: ولو قال المصنف، ولو قتل بموجب سابق لدخلت الردة والقصاص، وقيل: الحرابة، وموت الأمة بالطلق من حبل سابق، وترك الصلاة وغيرها، وكذا الذمي المحصن إذا زنا، ثم لحق بدار الحرب، ثم استرق فإنه يرجم صرح به الأصحاب.

تنبيهات: لعل الكلام في قتله بالردة للإمام ونحوه، أما لو قتله بعض الآحاد فنسبة أن يقال: إنه من ضمان المشتري؛ لأن القتل لم يستوفه من له استيفاؤه شرعًا حتى سيده إلى السبب السابق، ونسبة ما لو مات أو قتل الجاني أجنبي، ويظهر أن يقال: إن قتله للردة فلا فرق، وإن قتله لغيرها فمن ضمان المشتري لا محالة، وجميع ما سبق مفرع على صحة بيع المرتد، وفيه وجه أنه لا يصح، وزيف.

وقال الإمام: إنه لم ير لأحد أنه إن قتل تبين أن بيعه لم يصح، وإن عاد إلى الإسلام تبينت الصحة والمحارب إن تاب قبل القدرة عليه فكالجاني أو بعدها قبل التوبة، قيل: لا يصح بيعه قطعًا، وقيل: كالجاني، وقيل: كالمرتد، إنها الأظهر عند كثير من الأئمة.

قال: **(وَلَوْ بَاعَ بِشَرْطِ بَرَاءَتِهِ مِنَ الْعُيُوبِ فَالْأَظْهَرُ أَنَّهُ يَبْرَأُ عَنْ كُلِّ عَيْبٍ بَاطِنٍ بِالْحَيَوَانِ لَمْ يَعْلَمْهُ دُونَ غَيْرِهِ)** أي: غير الحيوان فلا يبرأ من شيء منه، ولا من شيء من ظهر الحيوان، وإن لم يعلمه ولا مما علمه من باطن الحيوان، ولا فرق في الحيوان بين العبد الذي يخبر عن نفسه وغيره، والأصل في ذلك مجموع أمرين:

أحدهما: في «الموطأ» أن ابن عمر باع غلامًا له بثمانمائة درهم، وباعه بالبراءة، فقال المبتاع لابن عمر: بالعبد داء لم تسمه لي، فاختصما إلى عثمان رضي الله عنه فقال الرجل: باعني عبدًا به داء لم يسمِّه لي، وقال ابن عمر -رضي الله عنهما-: بعته بالبراءة، فقضى عثمان على ابن عمر رضي الله عنه أن يحلف لقد باعه العبد وما به

....

داء يعلمه؛ فأبى ابن عمر أن يحلف، وارتجع العبد فباعه عبد الله ﷺ بعد ذلك بألف وخمسمائة درهم[(١)].

والأمر الثاني: أن الحيوان يتعدى بالصحة والسقم، وتحول طبائعه، وقلَّ ما يخلو عن عيب ظاهر وباطن، فلو لم يقل بذلك أدى إلى ألا يلزم في بيع حيوان أصلًا بخلاف غير الحيوان، وبخلاف المعلوم للبائع فإنه بإخفائه وكتمانه مدلس، والظاهر غير المعلوم في حكم المعلوم لسهولة الاطلاع عليه.

فإن قلتَ: قول الصحابة ليس بحجة في الجديد.

قلتُ: لكنه اعتضد بقياس فقدم على القياس القوي فصار حجة في الجديد لولا ذلك لكان القياس كما قال الشَّافِعِي: ألا يبرأ مطلقًا ويبرأ مطلقًا، وهذا القياس أقوى من الأول لو انفرد، فلما اعتضد الأول بقضاء عثمان ﷺ ترجح على القياس القوي، وحاول بعض الأصحاب أن قضاء عثمان ﷺ انتشر وصار إجماعًا سكوتيًّا، وكلام الشَّافِعِي يأباه، ويقتضي أن ابن عمر -ﷺ- مخالف بالدليل الأول أصح، وفي قول الصحابي والاحتجاج به كلام يطول ذكره ليس هذا موضعه، إذا علمت هذا ففي الأظهر قولان مشهوران، وأوجه:

أحد القولين: يبرأ مطلقًا لحديث: «**المؤمنون على شروطهم**»[(٢)] رواه أبو داود، وصححه ابن حبان.

والثاني: لا يبرأ مطلقًا؛ لأنه خيار ثابت بالشرع، فلا يتبقى بالشرط كسائر مقتضيات العقد، وعلى هذا قيل: يبطل البيع، ونسبه الماوردي إلى الجمهور، والأصح الصحة، قاله الرَّافِعِي: إن كان على خلاف الشروط الفاسدة لاشتهار القصة بين الصحابة -ﷺ- وهذه الأقوال الثلاثة هي الطريقة المشهورة، وعليها اقتصر المصنف وكثيرون، أما الأوجه فقيل: يصح الشرط فيما لم

---

(١) انظر: كتاب «الأم» للشافعي (٦/ ٢١٠).

(٢) أخرجه أبو داود (٣/ ٣٠٤، رقم ٣٥٩٤) والحاكم (٢/ ٥٧، رقم ٢٣٠٩) وقال: رواة هذا الحديث مدنيون. والبيهقي (٦/ ١٦٦، رقم ١١٧٠٩) وابن حبان (١٣١٢) والطحاوي (٤/ ٩٠)، والدارقطني (٣/ ٢٧).

....

يعلمه، وقيل: فيما لم يعلمه، ولم يسهل علمه، وقيل: يصح في الحيوان فيما لم يعلم، ولم يسهل علمه.

وقال صاحب «التعجيز في شرح الوجيز»: في المراد بما لم يعلم وجهان في «الحاوي» أحدهما: أنه ما لم يكن معلومًا، وإن علمه بخفائه.

والثاني: ما لم يعلمه البائع، وإن كان ظاهرًا؛ لانتفاء التدابش[1].

وفيه وجه ثالث حكاه الإمام أنه ما لم يعلم البائع، ولم يكن ظاهرًا؛ لأن البيع وحاصل ما للأصحاب في المسألة خمسة طرق هذا حاصلها، ثم ما ذكرناه إذا أطلق فإن عيَّن عيبًا، خاصًّا، موجودًا، وسماه فإن كان بما لا يغاير كالإباق صح ويرى منه، وإن كان مما يغاير كالبرص فلا بد من معاينته، ولا تكفي التسمية فإذا عاينه صح وبرئ.

وقال الرُّويَانِيّ: إذا ذكر محله وقدره حتى صار كالمرئي صح.

وقال القاضي الحسين: إذا عين العيب المبرئ منه صح لقلة الجهالة بخلاف ما إذا لم يعينه فإنها تكثر لو لم نقل أن العيب به؛ بل قال: بعتك بشرط البراءة من الإباق مثلًا، فإن لم يرد على ذلك فالظاهر أنه لا رد به؛ لأنه كالإعلام، وإن قال مع ذلك: لا أعلم هل هو أبق، أو لا؟ انبنى على أن المشتري لو أبرئ من عيب الإباق، ولم يعلم به هل يصح؟ وفيه خلاف مبني على ما لو باع مال مورثه ظانًّا حياته فبان ميتًا، فإن قلنا: يبرأ برئ هاهنا، على أعرف الأقوال قاله القاضي الحسين في «الفتاوى».

فروع: لا يلحق ما مأكوله في جوفه بالحيوان عند الأكثرين، ولو شرط ألا يرد العيب، قال القاضي الحسين والمتولي: بطل البيع قولًا واحدًا، وأجرى الرَّافِعِي فيه الخلاف، وفيه نظر!

ولو اشترى جوزًا، ونحوه بشرط أنه عفن صح، وإن كان كبيرًا؛ لأنه يصلح المظاهر كالمعلوم، انتهى.

---

(١) دُبِشَت الأَرضُ دَبْشًا إِذا أُكِلَ ما عليها من النبات. «الصحاح» [دبش].

وَلَهُ مَعَ هَذَا الشَّرْطِ الرَّدُّ بِعَيْبٍ حَدَثَ قَبْلَ الْقَبْضِ.

وَلَوْ شَرَطَ الْبَرَاءَةَ عَمَّا يَحْدُثُ لَمْ يَصِحَّ فِي الْأَصَحِّ].

وقول إلا إن كان يسير العدم نفعه قاله العبادي في «الزيادات» فأيّده كتابة بعض الشهود، وأعلم البائع المشتري بأن بالمبيع جميع العيوب، ورضي به كذب وجهل لا بعد؛ لأن الصحيح أن الغنيمة لا تكفي فيما يمكن معاينته حتى يريه إياها، وما لا يمكن معاينته فذكره مجملًا بهذه العبارة لذكر ما يمكن معاينته بالتسمية من غير رؤية، وقياسه ألا يعيد، وإذا وقع ذلك فحكمه حكم شرط البراءة.

قال: (**وَلَهُ مَعَ هَذَا الشَّرْطِ الرَّدُّ بِعَيْبٍ حَدَثَ قَبْلَ الْقَبْضِ**) أي: عند إطلاق الشرط لانصرافه إلى الموجود، ولا خلاف في ذلك، يوهم بعضهم أن في كلام الغزالي إشارة إلى خلاف فيه، وليس بصحيح، وإنما في كلامه واشتراطه البراءة عنه، ولو اختلفا في القديم فوجهان في «الحاوي».

قال الشارح: (**وَلَوْ شَرَطَ الْبَرَاءَةَ عَمَّا يَحْدُثُ لَمْ يَصِحَّ فِي الْأَصَحِّ**)، وإن ضمه إلى القديم صح بيعًا فعلى الأول قال القاضي الحسين وغيره: يبطل البيع، وخرجه الْمُتَوَلِّي على ما سبق، يعني: أنه يفسد الشرط لا البيع على المذهب.

فصل: [من باع شيئًا له أو لغيره بيانه، وعلم به عيبًا]

من باع شيئًا له أو لغيره بيانه، وعلم به عيبًا، وجب عليه بيانه، ويأثم بكتمانه وقضية كلام الأصحاب أنه لا يكفيه قوله: هو معيب أو بيعه بشرط البراءة من العيوب، أو قوله: به جميع العيوب، أو أنه لا يضمن غير الحلال، أو يقول الفقيه عن كتابه المغلوط هو غير مقابل، أو يحتاج إلى مقابلة؛ بل لا بد من بيان العيب المعلوم بعينه، وأما غير البائع فله أحوال:

أحدها: أن يعلم البائع ويعلم المشتري بذلك، وحكمه واضح.

والثاني: يعلم أو يظن، أو يتوهم بمحله أنه لم يعلمه فيجب عليه إعلامه قاصدًا فرض النصيحة.

قال المصنف: [وَلَوْ هَلَكَ الْمَبِيعُ عِنْدَ الْمُشْتَرِي أَو أَعْتَقَهُ ثُمَّ عَلِمَ الْعَيْبَ رَجَعَ بِالْأَرْشِ، ....

الثالث: أن يتوقف بين البائع، ويغلب على ظن إعلامه المشتري فيحتمل أن يقال: لا يجب إعلامه الظاهر فيه، ويحتمل أن يقال: يجب الاستفسار من المشتري، ويترتب عليه مقتضاه؛ لأن الأصل عدم الإعلام، هذا كله إذا كان البائع عالمًا بالعيب فإن علمه الأجنبي دونه تعين عليه البيان بكل حال، وينبغي في كل الأحوال أن يتلفظ في الإعلام سرًّا خشية العداوة بالإعلان، ووقته قبيل البيع، فإن لم يحضر البائع أو حضر، وخاف على نفسه لزمه الإعلام بعده؛ ليرد بالعيب ولا يسعه تأخير الإعلام مع المكنة عن وقت المشتري.

فرع: قال الإمام: الضابط في ما يحرم كتمانه أن من علم شيئًا ثبت الخيار فأخفاه، أو سعى في تدليس فيه فقد فعل محرمًا، وإن لم يكن العيب مثبتًا للخيار، فتركه التعرض له لا يكون من التدليس المحرم، ولا يجب ذكر القيمة، فإن العين لا يثبت بمجرده خيار، والظاهر أن من شرط المعصية في مسائل الفضل العلم بالتحريم، وأما التدليس فلا يخفى تحريمه على أحد.

قال الشارح: **(وَلَوْ هَلَكَ الْمَبِيعُ عِنْدَ الْمُشْتَرِي أَو أَعْتَقَهُ ثُمَّ عَلِمَ الْعَيْبَ رَجَعَ بِالْأَرْشِ)** لامتناع الرد، ولا يمكن إسقاط حقه، فرجع إلى الأرش، ولا فرق بين هلاكه بآفة سماوية أو غيرها، ونبه بالعتق على الهلاك الشرعي كالوقف والاستيلاد، ولو كان العتق بالقرابة، أو مشروطًا فالأصح له الرجوع، وبه جزم الإمام في شراء القريب، وقيل: لا، وبه قطع ابن الْقَطَّان في المشروط عتقه، وأرسل الوجهين في مسألة القريب.

وقال الدارمي: في شرط العتق لا له، وقال في «التقريب»: إذا اشتراه فعتق ثم وجد عيبًا، فإن كان بعد الأداء فكالعتق، وإن كان قبله، فكالبيع قاله ابن المرزباني هكذا في النسخة، وإذ إنه سقط من الأصل شيء، وأن كلام ابن المرزباني في المكاتب وجد منه أنه لا فرق في الرجوع بالأرش بين كونه عتقًا مجانًا، أو على عوض كبيع العبد من نفسه، وقول الغير: اعتق عبدك عني على كذا.

وَهُوَ جُزْءٌ مِنْ ثَمَنِهِ نِسْبَتُهُ إِلَيْهِ نِسْبَةُ مَا نَقَصَ الْعَيْبُ مِنَ الْقِيمَةِ لَوْ كَانَ سَلِيمًا

وهل يقال: إن العبد يرجع على سيده بأرش عيب نفسه إذا جهله؟ فيه نظر، ومما يستثنى الخصي ونحوه حيث لم تنقص القيمة.

ووقع في عبارة الرَّافِعِي هنا أنه لو لم تنقص القيمة بالعيب كما لو خرج العبد خصيًّا فلا أرش كما لا رد مستبعد، فإن المشهور الرد، وإن زادت القيمة به أضعافًا، ويستثنى ما إذا منع مانع من أخذ الأرش في الربوي إذا علم عيبه بعد تلفه، وكان قد اشتراه بجنسه، فإنه يمتنع أخذ الأرش على الأصح عند الجمهور خلافًا لترجيح القاضي الحسين والبغوي؛ بل يفسخ، ويسترد الثمن، ويغرم قيمة المتقوم، ومثل المثلي، وإن اشتراه بغير جنسه فالأصح، وبه قطع الجمهور جواز أخذ الأرش.

قال: (**وَهُوَ**) الأرش.

(**جُزْءٌ مِنْ ثَمَنِهِ**) أي: ثمن المبيع.

(نِسْبَتُهُ إِلَيْهِ) أي: نسبة ذلك الجزء إلى الثمن.

(**نِسْبَةُ مَا نَقَصَ الْعَيْبُ**) أي: مثل الذي نقصه العيب.

(**مِنَ الْقِيمَةِ لَوْ كَانَ سَلِيمًا**)؛ بل يتعين أن يقال: إلى تمامها كما في «المحرر» و«الشرحين» و«الروضة» لأن النسبة تستدعي منسوبًا ومنسوبًا إليه، فالجزء من الثمن الذي يقصد استرداده نظير القدر الناقص بالعيب من قيمة السليم، والثمن نظير قيمة السليم، فذلك القدر منسوب إليها نسبة معلومة بالتقويم، والجزء منسوب إلى الثمن نسبة كتلك النسبة، بها نعرف مثاله قيمة السليم مائة، والمعيب تسعون، فالناقص العشر، فيرجع بعشر الثمن.

وقوله: من القيمة متعلق بقضية، فلو ترك قوله إلى تمامها لبقي قوله نسبة ما نقص بغير متعلق، ولا يجوز أن يجعل من القيمة متعلقًا بنسبة على أن يعدَّ ثمن بدل إليه؛ لأنه مع ذلك لا يطابق قوله إلى الثمن؛ ولأنه لا يبقى بعلم القدر نقيصة العيب نقص من ماذا، ولا يجوز أن يكون من متعلقة بنقصه وبنسبة جميعًا، ويكون من باب التنازع لاختلاف المعنى؛ لأنها على أحدهما

وَالْأَصَحُّ اعْتِبَارُ أَقَلِّ قِيَمِهِ مِنْ يَوْمِ الْبَيْعِ إِلَى الْقَبْضِ.

للتبعيض، وعلى الآخر للغاية، فيتعين أن يقال: إلى تمامها، وإنما لم يجعل الأرش هنا ما نقص من القيمة كالغصب والسوم والجناية؛ لأنه قد يساوي الثمن فيجتمع إليه الثمن والمثمن هكذا قاله: الشَّافِعِي.

وقال الأصحاب: الأرش يدل على الجزء الغائب، ولو فات المبيع كله قبل القبض رجع بالثمن، فإذا فات بعضه رجع ببعض الثمن كالجزية من الدية، وجزء يجزئها وهو معنى حسن.

قال: **(وَالْأَصَحُّ اعْتِبَارُ أَقَلِّ قِيَمِهِ مِنْ يَوْمِ الْبَيْعِ إِلَى الْقَبْضِ)** في المسألة طريقان:

أحدهما: أجرًا، وثلاثة أقوال:

أحدها: قيمة يوم البيع؛ لأنه وقت المقابلة، ورأيته صريحًا في كتاب «التفليس» للبويطي، وصححه الغزالي.

والثاني: يوم القبض، نص عليه في اختلاف العراقيين معللًا، فإنه يومئذٍ تم البيع وأصحها أقل الأمرين؛ لأنه كان يوم البيع أكثر فما نقص مضمون على البائع، وإن كان أقل فما في ملك المشتري، فلا يدخل في التقويم، والطريق الثاني القطع بهذا، وهو ما أورده الجمهور، وهو الأضر بالبائع وعبارتهم عنها أقل القيمتين من يوم البيع والقبض، وعبارة الإمام أكثر النقصانين، وهو الأضر بالبائع.

وادعى ابن الرِّفْعَة أنها راجعة لعبارة الجمهور، وفيه نظر، وعبارة «المنهاج» أقل قيمة من البيع إلى القبض، وهي مخالفة لعبارة «المحرر»، والشرحين «والروضة» والجمهور، ويقتضي أنه لو نقص بين البيع والقبض، وكان فيهما سواء أنه يعتبر النقص، وصرح به في «الدقائق».

وقال: إنه الصواب وفيه نظر؛ لأن النقص الحادث قبل القبض إذا زال قبل القبض لم يضمن؛ لأنه لا خيار به.

وفي «التهذيب» أقل القيمتين من العقد إلى القبض، وفيها بعض موافقة

وَلَوْ تَلِفَ الثَّمَنُ دُونَ الْمَبِيعِ رَدَّهُ وَأَخَذَ مِثْلَ الثَّمَنِ أَو قِيمَتَهُ.

«للمنهاج» عبارة «الكافي» للخوارزمي، ويعتبر أقل قيمته أقل ما كانت من يوم العقد إلى يوم القبض، وهي عبارة«المنهاج» سواء.

تنبيهات: **أحدها**: قال الشَّاشِي وغيره: لا فائدة في هذه المسألة، وأن الأرش لا يختلف بذلك؛ لأنه واجب الثمن لا من القيمة، وقيمة السلم إذا زادت قيمة المبيع، وإذا نقصت نقصت، فإذا نقص المبيع عشرة من مائة مثلًا فالأرش عشر الثمن، فإذا زادت قيمة التسليم إلى ألف زادت قيمة المعيب إلى تسعمائة، والأرش العشر لا يختلف.

قال ابن الرِّفْعَة: وفيه نظر، وقال: غيره ما قالوه، وهو الغالب لا ينقصها من كثيرها، وذلك إذا غلا السعر فإن الرغبة تشتد فيه فيغتفر ما به من عيب، وعكسه إذا رخص وقدر على التسليم كل أحد يتخطى قيمة المعيب عند التسليم بنسبة أكثر من النسبة التي قبل ذلك.

الثاني: إذا ثبت الأرش، والثمن باقٍ في ذمة المشتري برئ من قدر الأرش، وهل يبرأ بمجرد الاطلاع على العيب، أو يتوقف على الطلب؟ وجهان: أصحهما الثاني، وإن كان قد وفاه وهو باقٍ في يد البائع فيتعين الأرش منه، أم للبائع إبداله؟

وجهان: أصحهما الأول.

ولم يفرقوا هنا بين أن ينفذه في المجلس، أو بعده والأولى أولى بالتعين، وإن كان ناقصًا فسيأتي، أو تالفًا فسنذكره، وهذا كله في أرش العيب القديم، أما المأخوذ من المشتري عن الحادث فقال ابن الرِّفْعَة: أن الواجب ما بين القيمتين، ولا يحصل قيمته معيبًا معارًا، وسيأتي بيانه إن شاء الله تعالى عند الكلام فيما لا يوقف على عيبه إلا بكسره.

قال: (**وَلَوْ تَلِفَ الثَّمَنُ دُونَ الْمَبِيعِ**) أي: واطلع على عيب المبيع.

(**رَدَّهُ وَأَخَذَ مِثْلَ الثَّمَنِ**) أي: إن كان مثليًا.

(**أَوْ قِيمَتَهُ**) إن كان متقومًا، وتجيء فيه طريقة الماوردي أنه يضمنه بالقيمة

....

مطلقًا؛ لأنه مضمون بعقد، والمعتبر أقل قيمته من يوم المبيع إلى القبض[1].

قال الرَّافِعِي: ونسبة أن يجيء فيه الخلاف المذكور في اعتبار الأرش.

وعبارة الْبَغَوِي والرافعي هنا كعبارة «المنهاج» في قوله: أقل قيمته من يوم البيع إلى القبض، قيل: ويحتاج الرَّافِعِي إلى الفرق.

قلت: والظاهر أنه جرى على عبارة «التهذيب»، أو تسمج في العبارة اكتفاء بما بينه في التوجيه من النظر إلى يومي العقد، والقبض وعبارته في «الشرح الصغير» محررة، حيث قال: ويأخذ من البائع مثل الثمن إن كان مثليًّا أو قيمته إن كان متقومًا، ويعتبر الأقل من قيمته يوم العقد أو القبض؛ لأنها إن كانت يوم العقد أقل فالزيادة حدثت في ملك البائع، وإن كان يوم العقد أو القبض أقل فالنقص من ضمان المشتري، ونحوه الاستدلال عنه وخروجه عن ملكه تلفه، ولو خرج وعاد فليس للبائع إبداله في الأصح؛ بل يتعين لقبض المشتري هذا كله في الثمن المعين، وإذا كان باقيًا بعينه أخذه لا محالة، وإن كان في الذمة فقد بيناه.

فروع: لو اعتاض عن الثمن الذي في الذمة ثوبًا مثلًا، ثم ردَّ المبيع، فالأصح المنصوص أنه لا يرجع في الثوب بل بالثمن، وكذا لو تلف المبيع قبل قبضه رجع بتمام الثمن، وقيل: بما أدى وإن أبرئ قبل التفرق فهو لاحق بالعقد على المذهب فلا يرجع إلا بما بقي، ولو أبرأه من جميع الثمن جزم به القاضي الحسين بجواز الرد للتخلص من المبيع، وقياس من يقول: يرجع بتمام الثمن عند الإبراء عن بعضه أن يقول به هنا، ولو وهب البائع للمشتري فقد امتنع الرد.

وقيل: يرد ويطالب ببدل الثمن، ولو وجد الثمن عند البائع ناقصًا بتلف بعضه أخذ الباقي، وبدل التالف وإن رجع النقص إلى صفة كالشلل لم يغرم

---

(١) قال النووي: لا تجوز الإقالة بعد تلف المبيع إن قلنا بيع وإلا فالأصح الجواز كالفسخ بالتحالف وعلى هذا يرد المشتري على البائع مثل المبيع إن كان مثليًّا أو قيمته إن كان متقومًا، ولو اشترى عبدين فتلف أحدهما ففي الإقالة في الباقي خلاف مرتب؛ لأن الإقالة تصادف القائم فيستتبع التالف. انظر: «روضة الطالبين» (١/ ٤٥٦).

وَلَوْ عَلِمَ الْعَيْبَ بَعْدَ زَوَالِ مِلْكِهِ إِلَى غَيْرِهِ فَلَا أَرْشَ فِي الْأَصَحِّ، ....

الأرش في الأصح؛ بل يتخير بين أخذه ناقصًا وقيمته.

وقيل: يأخذه ناقصًا، ويرجع بالأرش، وادعى المصنف أنه الصواب، وفي «البيان» عن القاضي أبي الطيب: أنه يأخذه ناقصًا أو لا يرد فحصل ثلاث أوجه، والثمن المعين كالمبيع يرد بالعيب فإن لم يكن معيبًا، وكان في عقد لا يشترط فيه التقايض فيستدل، ولا يفسخ العقد سواء خرج معيبًا، أو نجاشًا، ولو تبرع أجنبي بالثمن فردت للسلعة بعيب رد الثمن على المشتري في الأصح عند الرُّويَانِيّ، وبه جزم الجرجاني وقضيته أن من أدى دين غيره بغير إذنه بقدر دخوله في ملكه.

وقالوا: به في الصداق في الولد الصغير، وقال الإمام هناك في الأجنبي: إنه يرجع إليه لأنه لا يمكن إدخال شيء في ملكه قهرًا، وما قاله: يأتي هنا، والوجه أنه إن قدر دخول الملك رجع إلى المشتري والزوج وإلا فلا، في الجميع، ولا يقال إلا أن يملك محجورةً قهرًا، بخلاف الأجنبي؛ لأنه لم يقصده بل مجرد الأداء وفاءً بالدين، ولو خرجت مستحقة رجع الثمن إلى الأجنبي قطعًا.

قال: (**وَلَوْ عَلِمَ الْعَيْبَ بَعْدَ زَوَالِ مِلْكِهِ إِلَى غَيْرِهِ**) أي: وهو باقٍ بحاله في يد التالي.

(**فَلَا أَرْشَ فِي الْأَصَحِّ**) أي: المنصوص وحاصل المنقول طريقان، القطع بالأصح وعليها الأكثر، والثانية على قولين أو وجهين: ثانيهما: له الأرش كما لو تلف وعبارة «الروضة» فيه قولان، أشهرهما الإثم لا فرق بين زوال ملكه بعوض أو بغيره، ولا بين أن يعلم المشتري منه بالعيب أو لا، ولا بين أن يبيع بعض العين أو كلها، ولا بين أحد العبدين مثلًا أو كلاهما على المذهب، واختلفوا في علة ذلك فالمنصوص وقول الجمهور أنها عدم اليأس من الرد.

وقال أبو إسحاق وابن الحدَّاد: أنها استدراك الظلامة بالبيع وعيَّن كما عيَّن، وخرجوا على العلتين زواله بلا عوض؛ فعلى الأصح لا أرش، وعلى الثاني يجب، وقيل: إن وهب من أبيه فلا أرش قطعًا لقدرته على ارتجاعه ورده، والأصح عدم الفرق، وكذلك خص بعضهم المنع في البيع بما إذا لم

....

يعلم المشتري بالعيب ويرضى فإن علم ورضي وجب الأرش قطعًا، والأصح لا فرق وليس للمشتري الثاني الرد على البائع الأول؛ بل على بائعه.

وقيل: إذا غاب الثاني أو مات والثمن الثاني من جنس الأول له الرد على البائع الأول، ولو تلف الثاني أو أعتقه أو وقفه واستولدها، فإن كان زال بعوض وأخذ الأرش، فللأول الرجوع بالأرش على بائعه قطعًا للمعنيين، وكذا إن لم يأخذ الأرش على الأصح للناس من الرد، وإن كان بغير عوض رجع الأول على بائعه قطعًا للمعنيين، والأرش الذي يأخذه المشتري الأول، والذي يغرمه قد يختلفان لاختلاف التثمين، ولاختلاف يومي التقويم، ولو باع البعض ثم ظهر على العيب فقولان في «الْبُوَيْطِي» أصحهما عند الجمهور: لا أرش لعدم اليأس، والثاني: يجب قسطه من الأرش، وصححه الْبَغَوِي على المخرج للقابل للأصح في الكتاب يجب جميع الأرش.

وقيل: له رد البعض الذي بيده ويبقى في البعض الآخر القولان.

فرع: حدث عند المشتري الثاني عيب فإن قبله المشتري الأول خيَّر بائعه، فإن قبله فذاك وإلا أخذ الأرش.

قال ابن الْقَطَّان: لا يأخذه رضي بالعيب، وإن لم يقبله وغرم الأرش فعلى مخرج ابن سُرَيْج لا يخفى رجوعه بالأرش وعلى المذهب قال ابن الحداد، والماوردي، والقاضي الحسين، والفوراني، وغيرهم لا يرجع لأنه لو قبله بما قبله منه بايعه فهو متبرع بالأرش.

قال سائر الأصحاب: يرجع لأنه قد لا يقبله فيتضرر به ورجحه الرَّافِعِي، وحكى عن الشيخ أبي علي إمكان بناء الأول على اليأس لأنه لا يملك ارتفاع الحادث فتعود إليه، والثاني على استدراك الظلامة لزواله بغرامة الأرش وفي هذا النبأ نظر ذكرته في «الغنية».

قيل: وما ذكروه هنا من وجوب الأرش والحكم باللباس؛ معارضة قولهم فيما لو قطع الثوب أو صبغه ثم باعه، ثم علم عيبه أنه لا يرجع بالأرش وأنه لم

فَإِنْ عَادَ الْمِلْكُ فَلَهُ الرَّدُّ، وَقِيلَ: إِنْ عَادَ بِغَيْرِ الرَّدِّ بِعَيْبٍ ....

يثامن؛ لأنه إن قبله ربما قبله البائع ذكره ابن سُرَيْج ووافقوه عليه، وهو يدل على أن المراد بإلباس الناس عن الرد ولو بالرضا، وما ذكروه أولًا يدل على أن المراد باليأس عن الرد القهري ولم يبن لي الجمع بينهما هكذا ذكره بعض الشارحين في الظاهر أن مراد الأكثرين اليأس من الرد على سبيل الإلزام، وإن توقع زوال العيب الحادث غير معتبر عندهم لبعده.

وقد قال الجرجاني: إنه إذا كان الرد في حكم الميئوس منه رجع بالأرش؛ وذلك بأن يشتري جارية حائلًا ثم تحمل وتضع، ثم علم عيبها فرجع بالأرش لتعذر التفريق الآن وردهما معًا، ولو كانت بهيمة فلا أرش لجواز التفريق، ووافقه الرَّافِعِي على وجوب الأرش في الجارية، وحكى الإمام في التوقع البعيد وجهين أصحهما الرجوع بالأرش.

قال الرَّافِعِي عن الشيخ أبي علي: إنه على الوجهين لا يرجع ما لم يغرم فإنه ربما لا يطالب بشيء فيبقى مستدركًا للظلامة، وهذا إنما يصح على ما قرره من عدم اليأس، أما من يقول باليأس هنا، فإنه يرجع غرم أم لا، فما بال الرَّافِعِي سكت على ذلك مع تصحيحه الرجوع وهو لا يقول باستدراك الظلامة!

والوجه على ما تقرر في المذهب من التعليل أنه إما أن يقال باليأس هنا فيأتي وجهان:

أحدهما: الرجوع مطلقًا غرم أو لم يغرم كما يقتضيه كلام العراقيين.

والثاني: عكسه وهو كما رأى القاضي الحسين، إما ألا يقال: باليأس فلا يرجع إذا لم يغرم، وهل يرجع إن غرم؟ وجهان بين ابن الحداد وغيره ومن ذلك يخرج ثلاث أوجه ثالثها: إن غرم رجع وإلا فلا.

واعلم أنا إذا جعلنا حدوث العيب يأسًا كالتلف فيأتي التفصيل بين الزوال بعوض وغيره وتلك الأحكام وفاقًا وخلافًا.

قال: **(فَإِنْ عَادَ الْمِلْكُ فَلَهُ الرَّدُّ)** لإمكانه.

(وَقِيلَ إِنْ عَادَ بِغَيْرِ الرَّدِّ بِعَيْبٍ) أي: كهبة وإقالة ووصية وإرث.

فَلَا رَدَّ، وَالرَّدُّ عَلَى الْفَوْرِ ....

(فَلَا رَدَّ) العود بالرد متفق عليه لزوال المعنيين؛ ولأن العائد الملك الأول وعند العود يتعين ما ذكرناه وغيره ففيه طريقان:

أحدهما: طريقة العراقيين والأكثرين إن عللنا باليأس وهو الأصح، رد باستدراك الظلامة لم يرد وإن كان الزوال بالعوض والرجوع يأتي بسبب كان حتى رجوع الوالد في الهبة ذكره الشيخ أبو حامد.

والثانية: لطريقة الإمام والغزالي وإجراء الوجهين سواء كان الزوال والعود أو أحدهما بعوض، أو بغير عوض، ومأخذه إن عارض الزائد العائد كالذي لم يزل.

قال: **(وَالرَّدُّ عَلَى الْفَوْرِ)** لأن الأصل اللزوم والجواز إن عارض، فإن أمكن الرد فقصر لزومه حكمه ودل على رضاه؛ لأنه خيار يثبت بالشرع لدفع الضرر عن المال، فكان فوريًا كالشفعة[١].

وقال أبو زيد: يمتد إلى أن يرضى أو يتعذر الرد هذا في المبيع المعين، أما الموصوف إذا قبض وظهر به عيب، فإن قلنا: لا يملك إلا بالرضا فلا يعتبر الفور إذ الملك موقوف على الرضا، وإن قلنا: يملك بالقبض فيجوز أن يقال على الفور والأوجه المنع قاله: الإمام، ونقله الرَّافِعِي عنه في الكتابة فلم يخالفه.

وقال الغزالي في «البسيط»: هناك ليس ذلك على الفور؛ لأن الرد بالعيب يرفع، فكأن إتيانه على الفور احتياطًا للعقد، ورد ما يثبت في الذمة لا يرفع العقد سواء قلنا بملك الرضا، أو بالقبض، انتهى.

وقال ابن الرِّفْعَة: وبهذا يظهر أن طلب الأرش لا يتعين له الفور؛ لأنه لا يؤدي أخذه إلى فسخ العقد.

تنبيهات: لا للناطق به من لفظ يدل على الرد وهو أن يقول: رددت

(١) (وَالرَّدُّ عَلَى الْفَوْرِ) إِجْمَاعًا وَمَحَلُّهُ فِي الْمَبِيعِ الْمُعَيَّنِ فَإِنْ قَبَضَ شَيْئًا عَمَّا فِي الذِّمَّةِ بِنَحْوِ بَيْعٍ أَو سَلَمٍ فَوَجَدَهُ مَعِيبًا لَمْ يَلْزَمْهُ فَوْرٌ لِأَنَّ الْأَصَحَّ أَنَّهُ لَا يَمْلِكُهُ إِلَّا بِالرِّضَا بِعَيْبِهِ وَلِأَنَّهُ غَيْرُ مَعْقُودٍ عَلَيْهِ وَلَا يَجِبُ فَوْرٌ فِي طَلَبِ الْأَرْشِ أَيْضًا. انظر «تحفة المحتاج في شرح المنهاج» (١٧/ ٣٩٢).

....

المبيع، أو فسخت العقد، وما أشبه ذلك حيث قلنا: بلا فور فأخَّر بلا عذر وسيأتي بيان العذر، فلو أخَّر الرد ثم قال: لا أعلم أن لي الرد، فإن قرب عهده بالإسلام أو نشأ ببرية نائية قبل، وإلا فلا ،وعن صاحب «الفروع» رواية قولين كالأمة تدعي الجهل بالخيار.

قلت: وينبغي أن يكون ما ذكر قريب العهد بالإسلام خاصًا بمن يجاورنا، أما من يخالطنا من الذميين ونحوهم، فلا يخفى عليه الردّ بالعيب لا سيما أهل السوق ونحوهم كعوامنا، ولو قال: لم أعلم به على الفور.

قال الرَّافِعِي: قيل لأنه يخفى على العوام، وقال الغزالي، والمصنف إنما يقبل ممن يخفى عليه وينبغي أن يقال، فقيل: ممن يخفى عليه ومن مجهول؟ قال: فإن الفورية تخفى على كثير من الناس.

وكلام «الذخائر» يخالف ما سبق، فإنه قال في الأمة: تعتق تحت عبد يجب أن يقبل قولها في جهل الفورية، بخلاف البيع فإنه يكثر وقوعه وتردده بين الكافة والرد فالعيوب في المبيعات، وكثرة ممارسة الخلق لها، فلا يخفى ثبوت الخيار لها، فإنه على الفور في الغالب ذلك في آحاد الناس فنادر؛ فلذلك لم تقبل دعوى الجهل به بخلاف مسألتنا لبدورها، انتهى.

ويضمن كلام «البسيط» هناك أنه لا يقبل دعواه للجهل بالخيار مطلقًا حيث قال: وأما إذا ادعت الجهل بالخيار فقولان:

أحدهما: لا يقبل كما لو ادعى المشتري الجهل بخيار العيب فأُخِّر.

والثاني: أنه يقبل لأن الرد بالعيب في البيع مما تتقاضاه الطباع ولا يخفى مدركه، انتهى.

وبالجملة: فنفى قبول دعواه للجهل بأصل الخيار وفوريته، خلاف مما يذكره في الشفعة، وخيار العيب في النكاح، وخيار العتق، وقد نص الشَّافِعِي أنه لا يقبل قولها أنها حملت أن لها الخيار ببرصه أو جذامه، وما نحن فيه أولى بالمنع والمختار هنا قول جهل الفورية، وأما دعوى جهل أصل الخيار

فَلْيُبَادِرْ عَلَى الْعَادَةِ، فَلَوْ عَلِمَهُ وَهُوَ يُصَلِّي أَو يَأْكُلُ فَلَهُ تَأْخِيرُهُ حَتَّى يَفْرُغَ

ففي قبوله من غالب الناس نظر، فإنما يرد الآبق بعد دعواه كما سبق، ولا أرش له في الحال في الأصح ولا يسقط رده بالتأخير قبل دعواه، ولو صرح بإسقاطه في الأصح، ويجب أن يكون هذا في الحالة التي لا يصحح بيعه فيها كما سبق بيانه، ولو اطلع على العيب قبل القبض لزمه المبادرة إلى الفسخ على الفور على ما يظهر من كلامهم، ولا يقال له التأخير إلى القبض.

قال الدارمي: إذا رهنه ثم علم فله الفك والرد، وإن زوجها وأجرها ثم وجد بها عيبًا فله الأرش، انتهى.

وقال في «الروضة»: إذا تعلق به حق بأن رهنه، ثم علم العيب فلا في الحال، ثم إن عللنا باستدراك الظلامة فله الأرش، أو بتوقع العود فلا، فعلى هذا لو تمكن من الرد رد فإن تيسر أخذ الأرش وإن أَخَّره ومنعنا بيعه فكالرهن، وإلا فإن رضي به البائع مسلوب المنفعة مدة الإجارة رد عليه، وإلا تعذر الرد وفي الأرش الوجهان في الآبق والمغصوب، وإن علمه بعد تزويج العبد أو الأمة ولم يرض البائع بالأخذ فقبل بالأرش هنا قطعًا واختاره الْمُتَوَلِّي والروياني، ولو علمه بعد الكتابة الصحيحة فالأصح أنه كالرهن فإنه لا يحصل الاستدراك بالنجوم خلافًا للماوردي وفي «التتمة» كالتزويج.

قلت: ويشبه أن يقال: أن الرهن بالدين الحال القادر على آدابه إلى المرتهن لغير المرهون حتى لو أَخَّر مع إمكان الفك، فلا رد بخلاف المؤجل لا يرهق إلى تعجيله، فيكون التأخير له عذرًا، وأما الإجارة فيشبه أنه لو طالت مدتها بحيث لا يعيش إلى انقضائها غالبًا أن يكون له طلب الأرش في الحال كاليأس من الرد.

قال: (**فَلْيُبَادِرْ عَلَى الْعَادَةِ**) أي: فلا يؤمر بالعدو في الركض ليرده.

(**فَلَوْ عَلِمَهُ وَهُوَ يُصَلِّي**) أي: فرضًا أو نفلًا.

(**أَوْ يَأْكُلُ**)، أو يقضي الحاجة، كما قاله «المحرر».

(**فَلَهُ تَأْخِيرُهُ حَتَّى يَفْرُغَ**)، وفي «الشفعة» ما يقتضي جريان وجه في النفل

أَو لَيْلًا فَحَتَّى يُصْبِحَ، فَإِنْ كَانَ الْبَائِعُ بِالْبَلَدِ رَدَّهُ عَلَيْهِ بِنَفْسِهِ أَو وَكِيلِهِ أَو عَلَى وَكِيلِهِ وَلَوْ تَرَكَهُ وَرَفَعَ الْأَمْرَ إِلَى الْحَاكِمِ فَهُوَ آكَدُ ....

والأكل هنا، أو مثلهما الحمام، وكذا لو علمه وقد دخل وقت هذه الأمور فاشتغل بها، أو لبس ثوبًا، أو أغلق بابًا فلا بأس، وكذا لقي البائع فسلم عليه لم يبطل الرد وفيه وجيه، فلواحد في محادثته بطل.

قال: **(أَوْ لَيْلًا فَحَتَّى يُصْبِحَ)** قاله الماوردي، والرافعي، وعبارة الهروي إلى ضوء النهار وهي أوضح من قول غيره حتى يطلع الفجر، أَفْهَمَ كَلَامُ الْمُتَوَلِّي وَغَيْرِهِ تَقْيِيدَهُ بِمَنْ لَمْ يَتَمَكَّنْ مِنَ الْحَاكِمِ وَلَا الشُّهُودِ وَلَا الْبَائِعِ، وَصَرَّحَ بِهِ ابْنُ الرِّفْعَةِ وَقَالَ: إذا كانت من المضي إليه بِغَيْرِ كُلْفَةٍ، فلا فرق بينه وبين النهار، وينبغي الجزم به إذا جمعهما محلة أو بمسجد بعد الغروب مثلًا أو كان البائع جاره أو مساكنه، ونحو ذلك، وتيسر له لقيه.

قال: **(فَإِنْ كَانَ الْبَائِعُ بِالْبَلَدِ رَدَّهُ عَلَيْهِ)** أي: إن باعه عن نفسه، قطعه مع دوام أهليته للتصرف، وكذا إن باع عن غيره بوكالة على ما صرح به الأصحاب ويجب بناؤه على العهدة ويرده على الموكل أيضًا، وأوردت على المصنف ومثله الرد على الوارث بعد موت البائع، وعلى الولي بعد الحجر على البائع بسفه ونحو ذلك، والبائع بوصاية أو ولاية قضاء يرد عليهم بلا خلاف، والوكيل المحجور عليه فهل يرد عليه أو على البائع أو يتخير؟ لم أر فيه سببًا والرد عليه ظاهر؛ لأنه الملك.

قال: **(بِنَفْسِهِ أَو وَكِيلِهِ)** وعبارة «المحرر» أو وكيله عليه، والعرض أن له أن يتولى الرد بنفسه وبوكيله على الشراء وعن توكله فيه إذا لم يحصل بالتوكيل تأخير.

قال: **(أَوْ عَلَى وَكِيلِهِ)** أي: إذا كان له وكيل، وكذا يرد على وكيله إذا حجر عليه كما سبق.

قال: **(وَلَوْ تَرَكَهُ وَرَفَعَ الْأَمْرَ إِلَى الْحَاكِمِ فَهُوَ آكَدُ)** قال الرَّافِعِي: إنه الذي فهمه من كلام الأصحاب، وفي «الشرح الصغير» إنه الذي يوجد للأصحاب

وَإِنْ كَانَ غَائِبًا رُفِعَ إِلَى الْحَاكِمِ.

وينبغي أن يؤخذ، قال: وحاصله التخيير بين البائع والحاكم.

قال الإمام: إن تمكن من الفسخ بين يدي قاضٍ فلا عذر في التأخير، وإن رفع الأمر إلى الحاكم مع حضور الخصم، بطل حقه على المذهب، وتبعه الغزالي وغيره، وحاصله أنه إذا كان البائع أو الحاكم في المجلس الاطلاع لم يجز التأخير إلى الذهاب إلى الآخر، وهو قويم، وقضيته أنه يؤمر بأحدهما في طريقه لا يعذر في تجارته إلى آخر؛ كما لا يعذر في تركه في المجلس ويذهب إلى الآخر، وفيما اقتضاه كلام الرَّافِعِي من التخيير مطلقًا سواء كان الاطلاع في مجلس الحاكم أو البائع أم لا يعد، ويبعد الإعراض عن الحاكم مع حضوره مجلس الاطلاع، ويطلب البائع بخلاف العكس إذا لم يكن من شهيد له، لأن البائع قد يجحد طلبه الرد أو الردود.

وقد قال الْقَفَّالُ في «الفتاوى»: إذا وجد عيبًا فلم يفسخه في وجه البائع وأراد أن يحمله إلى الحاكم ليفسخ عنده طلبًا للشهود على الفسخ لم يبطل حقه، وكذا في «الشفعة»، انتهى.

وفيه رمز إلى أنه لو حضر شهود مع البائع لم يجز التأخير، واعلم أنه إذا جاء إلى القاضي فلا يُدعى لأن غريمه حاضر بالبلد، وإنما يفسخ بحضرة القاضي، ويطلب غريمه، قيل: إذا قلنا لا يقضي بعلمه، فما فائدة هذا، ولعله مفرع على أنه يقضي بعلمه.

قلت: ولأن الحاكم لا يخلو عن شاهد أو شهود غالبًا، ويصير الحاكم شاهدًا أو محيطًا بذلك فلا يقضي بخلاف علمه.

قال: (**وَإِنْ كَانَ غَائِبًا**) عن البلد.

(**رُفِعَ**) الأمر.

(**إِلَى الْحَاكِمِ**)، ولا يؤخر لقدومه، قال الْبَغَوِي: ويضعه الحاكم عند عدل.

وقال القاضي الحسين: يُدعى المشتري وإقباض الثمن وظهور العيب، وإنه فسخ ويقيم البينة ويحلف معها، ثم يأخذ المبيع منه ويضعه عند عدل،

وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ يَلْزَمُهُ الْإِشْهَادُ عَلَى الْفَسْخِ إِنْ أَمْكَنَهُ حَتَّى يُنْهِيَهُ إِلَى الْبَائِعِ أَوِ الْحَاكِمِ، ....

والثمن دين على البائع يقضيه القاضي من ماله، فإن لم يكن له مال سوى المبيع باعه لقضاء دينه، قيل: وقد أطلق الرَّافِعِي وغيره الغيبة وظاهره ليشمل الغيبة عن البلد.

وإن قلتُ: المسافة لأن في تكليفه الخروج عن البلد حرجًا لا سيما والحاكم فيها.

قلتُ: ومراده إذا رفع الأمر إلى الحاكم ليفسخ عنده أو ليطلب الرد بفسخه قبل الحضور إذا شهد عليه، إما القضاء به وفصل الأمر فلا بدَّ فيه من شروط القضاء على الغائب، وفي «مطلب ابن الرِّفْعَة» بحثًا ما يفهم أنه يفصل الأمر ويقضي في هذه الحالة مع قرب المسافة تعليلًا بما ذكرناه من الحرج وفيه نظر ظاهر، والوجه أنه لا يقضي عليه مع قرب المسافة ولا يباع ماله إلا أن يتوارى أو يتعزز كما في الغالب وعند التَّعَزُّزِ وَالتَّوَارِي، ولا فرق بين من بالبلد ومن خارجه[1].

قال: **(وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ يَلْزَمُهُ الْإِشْهَادُ عَلَى الْفَسْخِ)** يعني: **(إِنْ أَمْكَنَهُ حَتَّى يُنْهِيَهُ إِلَى الْبَائِعِ أَوِ الْحَاكِمِ)** جزم به الْمُتَوَلِّي وغيره لأنه المشهود ومعنى الإشهاد: أن يشهد على نفس الفسخ كما أفهمه كلام الغزالي.

وقال من شرح الكتاب: المراد الإشهاد على طلب الفسخ كما اقتضاه كلام الرَّافِعِي في «الشفعة»، انتهى.

والصحيح ما ذكرناه وبه صرح أبو سعيد الهروي حكاية عن القاضي الحسين ولفظه: ومسألة من يحاول الفسخ والرد أن يقول: فسخت بمشهد شاهدين، انتهى.

وكلام الديبلي هنا مصرح بأنه عهد على طلب الفسخ، قال: وإذا كان البائع غائبًا أعلم الحاكم بأنه طالب للرد بالعيب إذا رجع فحصل وجهان.

---

(١) انظر: «إعانة الطالبين» (٣ / ٣٦٣).

....

قال الغزالي والقاضي وغيرهما: وإذا أشهد أشهد اثنين.

قال ابن الرِّفْعَة: وهو احتياط لأن الواحد مع اليمين كافٍ انتهى.

وقد سارع في الاكتفاء بواحد ابتداءً ولا فرق في جريان الخلاف في لزوم الإشهاد بين غيبة البائع عن البلد أو لا، ومنع الوصول إليه إلى الحاكم عذر من ليلٍ أو مرض، أو لم يمنع ولكنه كان متوجهًا إليه أو إلى الحاكم فوجد الشهود في طريقه هذا قضية إطلاقهم، قال بعض المتأخرين: وتلخيص الحكم على الصحيح الذي يحصل من كلام الرَّافِعِي وغيره أنه يجب الإشهاد في كل من الحالين إذا تيسر قبل الانتهاء إلى البائع أو الحاكم على الأصح، فكذا لو حضر الشهود مجلس الاطلاع بدون البائع أو الحاكم، والملخص أنه تجب المبادرة إلى البائع أو الحاكم فإن من في طريقه إلى أحدهما بالآخر بعين أو بشهود وجب إشهادهم في الأصح، انتهى.

وينبغي أن يلزمه الإشهاد عند المكنة ليلًا وإذا قلنا: لا يلزم الإشهاد على الفسخ، فهل يجب الإشهاد على طلب الفسخ بسببه أن يكون؟ فيه وجهان كالشفعة.

قلت: وكلام صاحب «التعجيز في شرح الوجيز» يقتضي أن الخلاف إنما هو في هذه الحالة وإنها المرادة بالإشهاد وأصل ذلك ما قدمناه من أن المراد تنبيه إذا أشهد على نفس الفسخ فينبغي نفوذه ولا يحتاج بعده إلى إتيان الحاكم أو البائع إلا للتسليم، وفصل الخصومة، وما ذكره الرَّافِعِي من الترتيب يأباه ظاهره، وصاحب «التتمة» وإنما أوجب الإشهاد أو حضور الحاكم فأشعر كلامه بالاكتفاء بكل من الثلاثة، والعقد يقتضيه ليمكنه من الفسخ، فإن الفسخ بالعيب لا يتوقف عندنا على الحاكم ولا البائع؛ بل لو قال: حال تكلمه بالعيب وحده: رددت المبيع، أو فسخت العقد انفسخ وحينئذٍ فأوجبه وجوب إثبات الحاكم لغير فصل الخصومة والخروج من عهدة المبيع.

فينبغي حمل كلام الرَّافِعِي على أن له تأخير الرد إلى أن يجد البائع أو

فَإِنْ عَجزَ عَنِ الْإِشْهَادِ لَمْ يَلْزَمْهُ التَّلَفُّظ بِالْفَسْخِ فِي الْأَصَحِّ].

وَيُشْتَرَطُ تَرْكُ الِاسْتِعْمَالِ، فَلَوِ اسْتَخْدَمَ الْعَبْدَ أَو تَركَ عَلَى الدَّابَّةِ سَرْجَهَا أَو إِكَافَهَا بَطَلَ حَقُّهُ.

الحاكم إلا أن يجد الشهود فلا يؤخر وليس له الاستيقان بطلب الشهود عن البائع أو الحاكم، نعم في «فتاوى القاضي الحسين» أنه لو علم عيب العبد فقصده بطل حقه، فإن أراد التخلص بفسخ أولًا ثم يقصده.

قال الْبَغَوِي: عقب هذا عندي إذا فسخ بين يدي البائع أو فسخ واستقل بطلبه ما إذا فسخ مع غيبته وتوانى في رده بطل حقه، قال الْبَغَوِي: وهو مشكل.

قلت: غاية في الإشكال إذ كيف يبطل الفسخ بعد نفوذه، فإن لم ينفذ فكيف يمكن منه؟ وعجب قول القاضي «يفسخ أولًا ثم يقصده» إذ كيف يسوغ له ذلك بعد الفسخ.

قال: (**فَإِنْ عَجزَ عَنِ الْإِشْهَادِ لَمْ يَلْزَمْهُ التَّلَفُّظُ بِالْفَسْخِ فِي الْأَصَحِّ**).

قال الرَّافِعِي: هو الأصح عند الإمام، والبغوي وهو كذلك في «التهذيب»، وأما الإمام فجزم به ولكنه لم يفرضه في حالة العجز.

وفي «التتمة» أنه إذا اطلع ليلًا ولم يتمكن من الحاكم ولا الإشهاد ولا البائع إن علمه الأصحاب قالوا: لا بد أن يقول فسخت، وإن الْقَفَّال قال له: التأخير إلى وجوب أحدهم، وأطلق القاضي الحسين النقل عن عامة الأصحاب أنه لا بد من الفسخ على الفور، وعن الْقَفَّال أن له التأخير إلى حضور مجلس الحكم.

قال: (**وَيُشْتَرَطُ تَرْكُ الِاسْتِعْمَالِ، فَلَوِ اسْتَخْدَمَ الْعَبْدَ أَو تَركَ عَلَى الدَّابَّةِ سَرْجَهَا أَو إِكَافَهَا**) أي: في مسيره للرد أو في المدة التي يغتفر التأخير فيها.

(**بَطَلَ حَقُّهُ**) أي: إذا لم يحصل بنزعه ضرر للدابة لإشعاره بالرضا وينبغي أن يعذر غير الفقيه في الجهل بهذا قطعًا.

وقيل: إن قال: كاسقني وناولني كذا، وأغلق الباب لم يؤثر وبه جزم الماوردي، والروياني، وقيل: له كل انتفاع حتى وطء الثيب.

وَيُعْذَرُ فِي رُكُوبِ جَمُوحٍ يَعْسُرُ سَوْقُهَا وَقَوْدُهَا.

وقيل: كل انتفاع لا يدل على الرضا كما لو وطىء واللبس في مسيره للرداء، وفي المدة التي يعف التأخير فيها والعرض على البيع ونحوها من الأمور الدالة على الإمساك والرضا وهو المختار، وكلام جماعة من العراقيين يميل إليه وإن كان المشهور الأول فإن حق الرد ثابت فلا يسقط إلا بما يظهر دلالته على الرضا وهذا كله إنما يأتي إذا قلنا: لا يجب التلفظ بالفسخ، أو بما قاله الْبَغَوِي في «فتاوى القاضي» من وجوب المبادرة بعد الفسخ وهو بعيد وضعيف إن أريد به بطلان حق الرد.

فرع: مؤنة الرد على المشتري قبل الفسخ وبعده، وقيل: إنها بعد الفسخ على البائع، لأنه عاد إلى ملكه وهو غريب، ثم المراد بالرد إلى موضع التسليم.

قال: **(وَيُعْذَرُ فِي رُكُوبِ جَمُوحٍ يَعْسُرُ سَوْقُهَا وَقَوْدُهَا)** للحاجة فلو لم تكن جموحًا فالأصح عند الرَّافِعِي لا يعذر، وعذره ابن سُرَيْج وجماعة، وهذا إذا ركبها للرد أو السقي ونحوه، فإن ركبها استعمالًا، فعن ابن سُرَيْج ما يقضي جوازه، والمشهور خلافه وفي «أدب القضاء» للدبيلي: أنه لو ركبها للرد أو للسقي أو ليشتري لها علفًا لم يمتنع الرد، وإنما يمتنع الرد ببعض ما يحدث فيها في يد المشتري أو يمسكها مع القدرة على الرد.

قال: وله ركوبها لأن نماء المبيع للمشتري إلى أن ترد على البائع، ألا ترى أن له أن يرد الشاة بالعيب ويحلبها في الطريق هكذا ذكر ابن سُرَيْج، انتهى.

قلت: والظاهر أنه لو خشي عليها من غارة أو نهب فركبها للهرب بها إذا تعين طريقًا لخلاصها أنه لا يؤثر كالمودع وأولى، وله علفها أو رعيها وسقيها قطعًا، وحلبها حال سيرها فلو وقفها للحلب بطل حقه، وفيه وقفة وينبغي ألا يضمن إذا لم يتمكن منه حال سيرها أو حال علفها ورعيها، ولو علم العيب وهو راكب فاستدام، فكابتداء الركوب، واستدامة السرج، والإكاف كابتدائه، ولبس الثوب مانع، نعم لو علمه وهو لابسه في الطريق فتوجه للرد عذر؛ لأن نزعه لا يعتاد، قاله: الماوردي وغيره.

وَإِذَا سَقَطَ رَدُّهُ بِتَقْصِيرٍ فَلَا أَرْشَ، وَلَوْ حَدَثَ عِنْدَهُ عَيْبٌ سَقَطَ الرَّدُّ قَهْرًا.

وقد يختلف هذا بحال الملبوس واللابس، ويعذر بترك القود واللجام وتعليقهما للحاجة ولو أنعلها في الطريق، فإن كانت تمشي بلا نعل بطل حقه وإلا فلا، ولينظر فيما لو كانت تمشي بلا نعل؛ لكن تركه بعينها لخشونة الطريق، لو كان قد أنعلها، ثم علم العيب فإن لم يعب نزعه، فله نزعه والرد ولا يلزم البائع قبوله، وإن كان نزعه يعيب فنزع بطل الرد والأرش وفيه احتمال للإمام، ولو ردها مع النعل هنا أجبر البائع على القبول.

ثم قيل: هو تمليك والأشبه أنه إعراض حتى إذا سقط يكون المشتري إلا أن يحصل لفظ هبة فتمليك، وقيل: على الوجهين وليس له المطالبة به في هذه الحالة ما دام متصلًا ولا طلب قيمته.

فروع: لو تراضيا عن الرد بعوض لم يصح على الصحيح ولا يسقط حق الرد بذلك للجاهل على الأصح، ولو اختلفا في الثمن بعد الرد فالصحيح تصديق البائع بيمينه حيث لا بينة، ولو احتيج إلى الرجوع بالأرش صدق البائع في قدر الثمن بيمينه لا المشتري في الأظهر، ولو أبق قبل القبض فأجاز المشتري البيع ثم أراد الفسخ فله ذلك ما لم يعد العبد إليه، ذكره الرَّافِعِي في أواخر الإجارة.

وحُكي في «الحاوي» أنه لو أبق قبل القبض، فقال: البائع لا تفسخ فإني آتيك به فلا خيار ولم أره فيه، ورأيت المحاملي وغيره حكوه عن أبي إسحاق هكذا وصرح غيرهم بأن صورة المسألة ما إذا شرط البائع أنه أبق ثم أبق في يد البائع قبل القبض، فإذا أمكن رده على قرب لم يثبت الخيار.

قال: **(وَإِذَا سَقَطَ رَدُّهُ بِتَقْصِيرٍ فَلَا أَرْشَ)** له هنا إنما يعدل إليه للضرورة حيث لا تقصير.

قال: **(وَلَوْ حَدَثَ عِنْدَهُ عَيْبٌ)** أي: غير مستند إلى سبب متقدم كما سبق بيانه سواء كان بآفة أو غيرها لم يرد **(سَقَطَ الرَّدُّ قَهْرًا)** أي: الرد القهري؛ لأنه أخذه بعيب فلا يرد بعيبين من غير رضا، فإن زال الحادث رد قهرًا.

....

وقيل: لا ، وهو قضية إطلاق المنهاج وكل عيب يوجب الرد على البائع يمنع الرد إذا حدث عند المشتري، وما لا فلا.

قال الرَّافِعِي: إلا في الأقل ولعله إشارة إلى قطع إصبع زائدة إذا لم ينقص وفيه نظر والتحقيق أنه لا حاجة إلى استثنائه، واستثنى ابن الرِّفْعَة من الأول ما إذا قال الزوج قبل الدخول: إن ردك المشتري بعيبك فأنت طالق ولا حاجة إليه؛ لأن مأخذه زوال العيب فلا وجه للاستثناء، وقد احترز المصنف بقوله: عنده عما حدث قبل القبض، فإنه لا يمنع الرد القهري وسبق كلام عند قوله: وهلك المبيع عند المشتري يجب تذكره والبينة له هنا ، والمراد بقوله عنده: أن يحدث العيب بعد أن يقتضي عن جهة المشتري لا مطلق العندية.

فروع: إذا علم العيب فسعى في الرد فجاء البائع فقطع يد المبيع.

قال الرُّويَانِيّ: فيه وجهان الأظهر عندي إزالة الرد.

قلت: ويجب اطراد الوجهين في كل عيب حدث عنده بفعل البائع وقطع اليد مثال؛ لكنهم قالوا: في زوال البكارة: سواء أزيلت بوطء المشتري أو البائع أو الأجنبي، سواء كان بآلة الافتضاض أو بغيرها ولعله جواب بالوجه الآخر بالنسبة إلى فعل البائع عدَّ العبادي من موانع الرد حلق شعر الغلام، قال: لأن نقص من ثمنه وهو ظاهر في غير السودان والأطفال، ومن يحملهم الحلق من الرجال، ولو زال العيب الحسي القديم والحادث قبل القبض؛ سقط الرد على الأصح. وحكى شُرَيْح الرُّويَانِيّ في «أدب القضاء» الخلاف قولان قال: نص عليهما ولو زال القديم قبل أخذ الأرش لم يأخذه على الأصح.

وبه جزم الشيخان، ولو زال بعده أخذه ورده لعلة بعد أخذه.

وقيل: وجهان كنبات السن بعض أخذ ديتها وقيل إن كان يرجى زواله رد، وإلا فوجهان، وبه أجاب الْمُتَوَلِّي.

ولو علم العيب القديم قبل زوال الحادث، ثم زال فظاهر إطلاقهم استمرار امتناع الرد فيه احتمال ظاهر.

ثُمَّ إنْ رَضِيَ بِهِ الْبَائِعُ، رَدَّهُ الْمُشْتَرِي أَو قَنَعَ بِهِ وَإِلَّا فَلْيَضُمَّ الْمُشْتَرِي أَرْشَ الْحَادِثِ إِلَى الْمَبِيعِ وَيَرُدَّ أَو يَغْرَمَ الْبَائِعُ أَرْشَ الْقَدِيمِ، وَلَا يَرُدُّ، فَإِنِ اتَّفَقَا عَلَى أَحَدِهِمَا فَذَاكَ، وَإِلَّا فَالْأَصَحُّ إجَابَةُ مَنْ طَلَبَ الْإِمْسَاكَ.

قال: **(ثُمَّ إنْ رَضِيَ بِهِ الْبَائِعُ)** أي: بلا أرش عن الحادث.

(رَدَّهُ الْمُشْتَرِي أَو قَنَعَ بِهِ) بلا أرش عن القديم.

(وَإِلَّا) أي: وإن لم يرض البائع به معيبًا.

(فَلْيَضُمَّ الْمُشْتَرِي أَرْشَ الْحَادِثِ إِلَى الْمَبِيعِ وَيَرُدَّ أَو يَغْرَمَ الْبَائِعُ أَرْشَ الْقَدِيمِ، وَلَا يَرُدُّ) رعاية للجانبين.

قال: **(فَإِنِ اتَّفَقَا عَلَى أَحَدِهِمَا فَذَاكَ)** أي: أحد هذين المسلكين؛ فذلك لأن الحق لهما.

قال: **(وَإِلَّا)** أي: وإن لم يرضيا أو تنازعا.

(فَالْأَصَحُّ إجَابَةُ مَنْ طَلَبَ الْإِمْسَاكَ) أي: إبقاء العقد والرجوع بأرش العيب القديم سواء كان الطالب البائع أو المشتري بما فيه من تقرير العقد؛ ولأن الرجوع بالأرش القديم يستند إلى العقد؛ لأن قضيته ألا يستقر الثمن بكماله إلا في مقابلة السليم، وضم أرش الحادث إدخال شيء جديد لم يكن في العقد، فكان الأول أولى، والثاني: يجاب البائع؛ لأنه غارم وأخذ ما لم يرد العقد عليه، والثالث: يجاب المشتري لأنه قد لبَّس عليه.

قال الرَّافِعِي: وعن أبي ثور أنه نصه في القديم، وعبر الرَّافِعِي نقله فيما إذا طلب الرد، وسكت عما إذا طلب الإمساك.

تنبيهات: منها: لا خفاء أن التخيير بين المسألتين السابقتين في الاتفاق على أحديهما إنما هو فيمن يتصرف لنفسه، وأما من يتصرف لغيره بولاية أو نيابة فإنما يفعل الأحوط له إلا أن يلزمه الحاكم بأمر.

ومنها: أخذ أرش العيب القديم بالتراضي لا يجوز على المذهب كما سبق إذا لم يحدث عيب وهنا يجوز وفاقًا.

ومنها: لو كان المبيع حُليًّا ونحوه بيع بخلسةٍ لم يجز كل من المثالين

وَيَجِبُ أَنْ يُعْلِمَ الْمُشْتَرِي الْبَائِعَ عَلَى الْفَوْرِ بِالْحَادِثِ لِيَخْتَارَ، فَإِنْ أَخَّرَ إِعْلَامَهُ بِلَا عُذْرٍ فَلَا رَدَّ وَلَا أَرْشَ.

المذكورين في الكتاب، ولا التخيير بينهما؛ لأنه لم يصر إليه أحد كما قاله: الإمام وسبق بيانه، خلافًا للرافعي حيث قال: يرد أرش البعض، ويمكن تأويل كلامه فيُستثنى هذه الصورة ويستثنى أيضًا إذا كان الحادث صبغ الثوب، وزادت به القيمة كما سنبينه إن شاء الله تعالى.

قال: **(وَيَجِبُ أَنْ يُعْلِمَ الْمُشْتَرِي الْبَائِعَ عَلَى الْفَوْرِ بِالْحَادِثِ لِيَخْتَارَ)** أي: هل يقبله بغير أرش أو لا؟

(فَإِنْ أَخَّرَ إِعْلَامَهُ بِلَا عُذْرٍ فَلَا رَدَّ وَلَا أَرْشَ) كما لو أخَّر المشتري الرد حيث لا حادث قاله الْبَغَوِي، والمتولي، وفي كلام الغزالي ما يوافقه وهو يقتضي أن حقه أولًا في الرد، وإن امتنع البائع انتقل إلى الأرش.

قيل: يحتمل أن يقال: أن حقه في الأرش، فإن رضي به البائع معيبًا سقط، وهو ما يشعر به عبارة الشَّافِعِي والأصحاب، ويحتمل أن يقال: حقه في أحدهما أو في الرد مع الأرش، وعلى كل من التقادير الثلاث يظهر ألا يسقط حقه من الأرش بالتأخير، هكذا قاله: من شرح الكتاب.

قلت: والظاهر أنه لو ادعى الجهل بفورية الإعلام ليختار البائع أنه يصدق بيمينه؛ لأنه لا يعرف إفراد الفقهاء، واستثنى الرَّافِعِي من وجوب الإعلام على الفور ما إذا كان العيب الحادث قريب الزوال كرمدٍ وحمى أي: وصداع وعده شبهة، فله انتظار زواله ليرده سليمًا عن الحادث من غير أرش على أحد القولين.

والثاني: لا؛ لقدرته على طلب الأرش، فإن أخر بطل حقه ولم يرجحا شيئًا وقد يشعر قوله: في «الشرح الصغير» فيعذر على قول في انتظار زواله ليرده سليمًا عن العيب الحادث من غير أرش، إن الراجح أنه لا يعذر ويؤيده إطلاق «المحرر» و«المنهاج» وغيرهما، وألحق القاضي أبو الطيب بذلك الأمة الحاملة فجوز له إمساكها إلى الوضع، ثم يردها إن لم تنقصها الولادة، وجعل الماوردي هذا القول مبنيًّا على أن الحمل يقابله شرط من الثمن.

....

وقال في «الشامل»: إذا علم عيب الجارية بعد حملها يرجع بالأرش، وقيل: له إمساكها حتى تضع ويردها ولا خلاف أن له تأخير طلب الأرش بعد امتناع البائع من الرد، وممن صرح به الْمُتَوَلِّي والبغوي.

فروع: فوات الفضيلة الموجودة عند العقد من علم أو صنعة وغيرها كعيب حادث، ومن ذلك العبد الصغير يكبر، أو الثوب يصبغ، وإن زادت قيمته قاله الْقَفَّالُ، وسنتكلم عليه إقرار العبد بدين معاملة لا يمنع الرد، وأطلقوا هنا ألا رد بما يظهر على العبد من ديون المعاملة، خلافًا لأبي حنيفة؛ لأنه إنما يطالب بها بعد العتق وفيه بحث من وجهين:

أحدهما: أن الرَّافِعِي حكى في الكتابة وجهًا أن ديون المعاملة تتعلق برقبة العبد كدين الجناية، وعلى المنع فقد يرفعه إلى قاضٍ يراه غيرنا فيبيعه فيها، ويعجز عن استرجاع الثمن من البائع، وأيضًا فذلك مما تقل الرغبات فيه وينقص به قيمته إذا لزمته الديون من غير إذن له في التصرف. وقد قالوا: لا يصح ضمانه بغير إذنه في الأصح؛ لأنه قد يعتق ثم يموت فيمتنع، ثم الدين للسيد ميراثه، وهذا المعنى موجود هاهنا، وإذا أقرَّ العبد بدين إتلاف فإن صدقه السيد منع الرد وإلا فلا، فإن عفا المقر له بعد أخذ المشتري الأرش له الفسخ، وجهان جاريان فيما إذا أخذه لرهنه، أو كتابته، أو بآفة، أو عضة، إن أوجبناه ثم زال المانع.

قال الْبَغَوِي: أصحهما لا فسخ صبغ المشتري الثوب ثم علم عيبه، فإن نقصت قيمته بالصبغ فعيب حادث.

وإن زادت فسخ المشتري مجانًا أجبر البائع على قبوله ويملك الصبغ؛ لأنه صفة للثوب لا يزايله بخلاف النعل، وإن اتفقا على الرد وبذل قيمة الصبغ جاز قطعًا، وكذا لو اتفقا على أخذ الأرش عن العيب القديم، وإن اتفقا على رد الثوب مع بقاء الصبغ على ملك المشتري جاز، وكذا لو اشترى دارًا فعمرها، ثم علم عيبها واتفقا على الرد وبقاء الزيادة للمشتري جاز، قاله الْبَغَوِي وغيره.

وَلَوْ حَدَثَ عَيْبٌ لَا يُعْرَفُ الْقَدِيمُ إِلَّا بِهِ كَكَسْرِ بَيْضٍ وَرَانِجٍ وَتَقْوِيرِ بِطِّيخٍ مُدَوِّدٍ رُدَّ وَلَا أَرْشَ عَلَيْهِ فِي الْأَظْهَرِ.

وإن طلب المشتري قيمة الصبغ لم يجبر البائع على الصحيح.

قال الرَّافِعِي: لكن يأخذ المشتري الأرش، وإن طلب المشتري أرش القديم والبائع قيمة الصبغ أجيب البائع على الصحيح، والفرق بين هذه وما سبق من إجابة المشتري على الأصح أن المشتري هنا إذا أخذ الثمن وقيمة الصبغ لم يغرم شيئًا، وهناك لو ألزمناه الرد وأرش الحادث غرمناه لا في مقابلة شيء، فنظير مسألتنا هذه أن يطلب البائع رده بلا أرش فإنه يجاب[1].

قال: (**وَلَوْ حَدَثَ عَيْبٌ لَا يُعْرَفُ الْقَدِيمُ إِلَّا بِهِ كَكَسْرِ بَيْضٍ وَرَانِجٍ وَتَقْوِيرِ بِطِّيخٍ مُدَوِّدٍ**) أي: وسائر ما مأكوله في جوفه كالرمان والموز والجوز واللوز والبندق وغيرها.

(**رُدَّ وَلَا أَرْشَ عَلَيْهِ فِي الْأَظْهَرِ**) أي: فيهما لأنه بعض لا يعرف العيب إلا به، فلا يمنع الرد كحلب المصراة، وأما عدم الأرش؛ فلأنه معذور ولما ذكرناه.

والرافعي قال: هل يرد؟ قولان.

والذي رجحه الأكثرون الرد عليه، فهل يغرم أرش الكسر؟ فيه قولان أحدهما: نعم كما يرد المصراة ويغرم، وأصحهما عند الْبَغَوِي وغيره: لا لأنه معذور. والحاصل ثلاثة أقوال ثالثها لا رد أصلًا كقطعة الثوب، فعلى هذا فهو كسائر العيوب الحادثة.

تنبيهات: أعدنا الخلاف في كلامه إلى الآتي كما هو ظاهره ويحتمل أن يريد ردًا جزمًا ولا أرش في الأظهر كما هو ظاهر قول المحرر لا يمتنع الرد، وإذا رد لم يغرم الأرش في الأظهر، وهي طريقة تخرج من كلامهم، وإن لم

---

(١) قال الشيخ النووي: في كتاب ابن كج أنه لو قال: بعت هذه السلعة وهذا ثمنها قبل إقراره، وإن قال: بعتها وتلف الثمن في يدي ففي القبول قولان وإن أقر بدين جناية فهل يقبل في حق السيد؟ قولان أظهرهما عند الْبَغَوِي نعم ويؤدي مما في يده كدين المعاملة؛ ولكن لو كان ما أقر به أكثر من قيمته لم يلزم إلا قدر قيمته فإن لم يكن في يده شيء بيع في دين الجناية. انظر: «روضة الطالبين» (٤/ ٣٢٢).

فَإِنْ أَمْكَنَ مَعْرِفَةُ الْقَدِيمِ بِأَقَلَّ مِمَّا أَحْدَثَهُ فَكَسَائِرِ الْعُيُوبِ الْحَادِثَةِ.

يصرحوا بها، فإن الرد هو المنصوص وبه قال: الأكثرون، واختلفوا في الأرش.

فإن قلنا: لا يرد فالمراد الرد القهري ويكون كسائر العيوب الحادثة.

قال الشارحون: المراد بيض النعام، وبالمدود ما دود بعضه حتى تتحقق صورة المسألة وهي أن يكون له بعد الكسر قيمة، فإن لم تكن له قيمة كبيض الدجاج ونحوه والبطيخ المدود كله أو العفن، فإنه يرجع بجميع الثمن كما نص عليه الشَّافِعِي ﵁ وكيف نسأله.

قال المعظم: يبين فساد البيع لوروده على غير متقوم.

وقال الْقَفَّالُ وطائفة: لا يتبين فساد البيع؛ لكن يرجع بالثمن على سبيل استدراك الظلامة، وفائدة الخلاف في أن القشور منه بمن تحيض حتى يلزمه تنظيف الموضع منها وغير ذلك، وما ذكروه في الجوز ونحوه إنما يجيء في القليل منه وإلا فالكثير منه وقود كما سبق، فله قيمته لا محالة، والرانج هو الجوز الهندي كلامه يفهم أنه لو اشترى شيئًا كثيرًا مما مثل به وما في معناه فكسره كله أو قوَّره؛ كان الحكم كما ذكره، وينبغي أنه إذا كسر بيضة أو قوَّر بطيخة؛ فوجهان معيبة أو تالفة ألا يتجاوزها للوقوف على العيب بذلك؛ لأن الزيادة عليه إحداث عيب كما سيأتي من أن الخلاف في كسر لا يعرف العيب بأقل منه، فإن زاد فلا رد، ومنهم من طرد القولين.

قال: **(فَإِنْ أَمْكَنَ مَعْرِفَةُ الْقَدِيمِ بِأَقَلَّ مِمَّا أَحْدَثَهُ فَكَسَائِرِ الْعُيُوبِ الْحَادِثَةِ)** أي: لعدم الحاجة إليه، قال في «المحرر» ممثلًا: وذلك لتقوير البطيخ الحامض وقد أمكن الوقوف على حاله بغرز شيء فيه أي: كمسلة ونحوها وفي تدويده بالتقوير، وفي الرانج تثقب مع العلامة.

قال أبو إسحاق: إنه على الخلاف كما سبق لأن الفرق عسير فجعل الكسر عفوًا والمذهب الأول ولو شرط حلاوة الرمان فبان حامضها بالغرر رد أو بالشق فلا، ولو رد لم يشرط حلاوته فلا رد لحموضته ما لم يكن عيبًا في الحلو منه فرعان لو اختلفا في تسليمه صحيحًا أو فاسدًا.

اشْتَرَى عَبْدَيْنِ مَعِيبَيْنِ صَفْقَةً رَدَّهُمَا وَلَوْ ظَهَرَ عَيْبُ أَحَدِهِمَا رَدَّهُمَا لَا الْمَعِيبَ وَحْدَهُ فِي الْأَظْهَرِ.

قال الشيخ أبو حامد: صدق البائع بيمينه أي: إذا أمكن حدوثه بعد التسليم، ولو اشترى ثوبًا مطويًا فنشره، وعلم عيبه فإن لم ينقص بالنشر رده. وإن نقص فعلى الخلاف في مسألة الكتاب ويأتي في اطلاعه على العيب ما أشرنا إليه.

وقال بعض المتأخرين: إن لم ينقص بالنشر رد، وإن نقص فإن كان لا يوقف على عيبه إلا به مثل أن يقول: ذلك من هو من أهل الخبرة ويرفق به؛ ففي المسألة الأقوال، وإن لم يكن من أهلها ونقص نقصانًا زائدًا فعلى ما ذكرنا فيما إذا زاد في الكسر المذهب امتناع الرد، وقيل: على الأقوال.

إشارة: بيعه مطويًا إما على جواز بيع الغائب، وإما بأن رآه قبله أو يكون كما قال الماوردي: على طاقين حتى يرى جميعه من جانبيه أو جوزنا بيعه مطويًا وهو المختار دليلًا كما سبق.

فرع: (**اشْتَرَى عَبْدَيْنِ مَعِيبَيْنِ صَفْقَةً رَدَّهُمَا**) بالاتفاق كالواحد، فلو رد أحدهما وهما باقيان في ملكه لم يمكن في الأظهر، وقيل: قطعًا وهي قضية كلامه.

ولو كان أحدهما بالغًا حسيًا أو شرعيًا فإن جوزنا مع بقائهما فهاهنا أولى، وإلا فخلاف بنوه على تفريق الصفقة القهرية، وقضيته أن يكون الأصح جواز الرد، ولو باع أحدهما فقد سويا بينه وبين تلف أحدهما، والصحيح عند الجمهور امتناع الرد.

قال: (**وَلَوْ ظَهَرَ عَيْبُ أَحَدِهِمَا رَدَّهُمَا**) أي: معًا إن أحب.

(**لَا الْمَعِيبَ وَحْدَهُ فِي الْأَظْهَرِ**) لما فيه من تفريق الصفقة على البائع من غير ضرورة والمراد الرد القهري، فإن رضي البائع بالإفراد خيار على الأصح.

قال بعض الشارحين: والمستقيم في ترتيب الخلاف أن يقال: إن منعنا تفريق الصفقة شرعًا امتنع الرد بالرضا ودونه، وإن جوزنا جاز بالرضا وامتنع

....

بدونه في الأظهر للضرورة، ولو أراد رد السليم وحده لم يجز قطعًا، ولو ظهر عيب لأحدهما بعد تلف الآخر أو بيعه فعلى ما سبق في عيبهما فيكون الأصح له الرد في التلف لا في البيع، ولو ظهر العيب بالتالف لم يرد الباقي قطعًا؛ بل له الأرش.

تنبيه: أشار بقوله عبدين إلى صورة المسألة فيجري الخلاف في كل شيئين لا يتصل منفعة أحدهما بالآخر ويفطن هنا لما سبق في التفريق بين الأم ونحوها والولد، فلو اشترى عينين تتصل منفعة إحديهما بالأخرى كزوجي خف، ونعلين، ومصراعي باب ونحوها فالمشهور وهو الحق القطع بالمنع إفراد الرد.

وقيل: على القولين ولا فرق بين ما بعد القبض وقبله، وقضية كلامهم أنه لا فرق بين أن تختلف قيمة العينين أو لا، كالكرس من طعام البلد مقلي.

وقد نص الشَّافِعِي في «الْبُوَيْطِي»: على أنه إذا اشترى مكيلًا أو موزونًا فوجد ببعضه عيبًا؛ فله إفراده بالرد لعدم الضرر.

وقال الْمُتَوَلِّي: إن جوزنا في العبدين فهاهنا أولى وإلا فوجهان.

قلت: ومن أحدهما أن النظر إلى الضرر، أو إلى منع التفريق شرعًا، والأول أصح.

فرع: قال الإمام: لو اشترى عينًا واحدةً متقومةً فوجد بها عيبًا وهي باقية في ملكه فليس له رد بعضها، ورأيت لصاحب التقريب طرد القولين فيه وهو خطأ، انتهى.

ولو تراضيا به في «المهذب» ما يشعر بالجواز.

وقال الرَّافِعِي: إنه أصح الوجهين وهو مقتضى ما سبق في العينين، وإن كان قد باع بعضها لغير البائع ففي رد الباقي طريقان، قيل: على قولي تفريق الصفقة، وأصحهما القطع بالمنع، فعلى هذا هل يرجع بالأرش أم القدر المبيع؟ فعلى ما سبق فيما إذا باع الخل، وأما القدر الباقي فوجهان.

....

قال في «التهذيب»: أصحهما أنه يرجع لتعذر الرد ولا ينتظر عود الزائد ليرد الكل، كما لا ينتظر زوال العيب الحادث، والوجهان جاريان فيما إذا اشترى عبدين فباع أحدهما، ثم عرف العيب، ولو يجوز رد الباقي هل يرجع بالأرش؟ هذا ما ذكره الرَّافِعِي وحذف في «الروضة».

قال في «التهذيب»: وثبت القول بأن الأصح أنه يرجع وليس بجيد، وحصل في كلامه في أول المسألة خلل نذكره إن مد الله تعالى في الأجل في التوسط. واعلم أن الشَّافِعِي سوَّى في «المختصر» بين خروج الكل عن ملك المشتري وخروج البعض، وذكر في «مختصر الْبُوَيْطِي» قولين في بيع نصف العين الواحدة:

أحدهما: يرجع بنصف الأرش للباقي في يده.

والثاني: لا يرجع بشيء بظاهر نص المختصر يشهد له، وهو الصحيح الذي صرح به كثيرون وهو مقتضى التعليل باليأس حينئذٍ، والأصح خلاف ما صح في «التهذيب» و«الروضة»، ويأتي وجه ثالث: أنه يرجع بأرش الجميع وهذا كله تفريع على المذهب المشهور أنه لا يرد النصف الباقي.

وحكى الماوردي فيه خلافًا شاذًا وحينئذٍ يحصل في المسألة أربعة أوجه، ولو باع بعض العين الواحدة من البائع، ثم وجد العيب قاله: القاضي الحسين، المذهب أن له الرد ويلتحق بالبائع وارثه ونحوه، وخالف القاضي صاحباه، فقال الْمُتَوَلِّي: ليس له الرد عليه، وقال الْبَغَوِي: إنه الصحيح من المذهب، وقيل: له أخذ الأرش للنصف الباقي فعلى وجهين، انتهى.

فرع: حيث جوزنا رد البعض استرجع قسطه من الثمن قطعًا وطريق التوزيع تقدير العبدين سليمين وتقويمهما، ويقسط المسمى على القيمتين، ولو وزعا الثمن عليهما مع عينهما لأدى إلى حط وفساد دل عليه الامتحان، والصواب تقدير السلامة وهي فائدة عظيمة نافعة في مسائل ذكرت منها في «الغنية»، ثم المصدق في قيمة التالف البائع في الأظهر، وإن لم يجوز الإفراد

وَلَوِ اشْتَرَى عَبْدٌ رَجُلَيْنِ مَعِيبًا فَلَهُ رَدُّ نَصِيبِ أَحَدِهِمَا . وَلَوِ اشْتَرَيَاهُ فَلِأَحَدِهِمَا الرَّدُّ فِي الْأَظْهَرِ.

فالأصح لا فسخ؛ لكن يرجع بالأرش عند التلف لا في حالة البيع وفيها وجه، ولو اختلفا في قيمة التالف إلى يوم العقد أو إلى يوم القبض فيه الخلاف في اعتيادها لمعرفة أرش العيب القديم.

والوجه الثاني: يضم قيمة التالف إلى الباقي ويردهما ويفسخ حكاهما أبو الطيب عن بعض أهل «خراسان»، كذا في تعليقه و«الشامل» عنه، وقال: -يعني الخراسانيين- هذا هو السنة لحديث المصراة، ونسب الْعِمْرَانِي، والرافعي قول: «هذا هو السنة» إلى أبي الطيب، وهذا الوجه منصوص في «الْبُوَيْطِي».

وإذا فرعنا عليه صدق المشتري في قيمة التالف، جزم به القاضي الحسين مع نقله القولين السابقين، وقال: كل موضع كان المشتري هو الغارم فالقول: قوله، وكل موضع كان البائع الغارم فعلى قولين.

وفي «التتمة» وجه أن القول: قول البائع وسدده في «الروضة»، وهو نصه في «الْبُوَيْطِي»، والمعتبر هنا قيمة يوم التلف على الأصح بخلاف ما سبق، ولو ظهر بالثمن عيب والمبيع باقٍ.

واختلفا في قيمته فالقول: قول المشتري، قاله: القاضي الحسين.

قال: **(وَلَوِ اشْتَرَى عَبْدٌ رَجُلَيْنِ مَعِيبًا فَلَهُ رَدُّ نَصِيبِ أَحَدِهِمَا)** هذا إذا باشر العقد؛ لأن تعدد البائع فوجب تعدد العدد، فلو اشتراه من وكيلهما جاء الخلاف في أن العبرة بالوكيل أو بالموكل، ولو وكَّل أحدهما صاحبه قال: في «البحر» في «كتاب الشركة»: فإن كان الوكيل ذكر أنه مشترك فله ذلك وإلا فوجهان: وجه المنع اتحاد العاقد، ووجه الرد تعدد المالك، بقي ما لو باع الحاكم أو الولي أو الوصي أو القيم على محجور به شيئًا صفقة فالظاهر أن النظر إلى العاقد لا إلى المبيع عليه، وإن بين أنه يبيع عن اثنين، ولم أر فيه شيئًا.

قال: **(وَلَوِ اشْتَرَيَاهُ فَلِأَحَدِهِمَا الرَّدُّ فِي الْأَظْهَرِ)** لأنه رد جميع ما ملك والتفريع على أن الصفقة تتعدد بتعدد المشتري.

وَلَوِ اخْتَلَفَا فِي قِدَمِ الْعَيْبِ صُدِّقَ الْبَائِعُ بِيَمِينِهِ، ....

إشارات: كان الأحسن أن يقول: في الجديد، فإن الثاني قديم مرجوع منه، ثم عبارته تقتضي أنهما اشتريا عبد رجلين وحينئذٍ تكون الصفقة في حكم أربعة عقود كما تقدم، وكأن كل واحد اشترى الربع من هذا والربع من هذا وله رد نصيب أحد البائعين وهو صحيح؛ لكن مسألة «المحرر» و«الروضة».

وأصلها معروضة فيما إذا اشترى اثنان من واحد، وكذا فرضها الأصحاب هنا، ثم إن منعنا الانفراد فذلك فيما ينقص التبعيض، أما ما لا ينقص به كالجنون فوجهان بناءً على أن المانع ضرر التبعيض أو اتحاد الصفقة ونصه في «الْبُوَيْطِي» شاهد للأول فليكن هو الأصح.

ونقل ابن الرِّفْعَة في «المطلب»: أن الشَّافِعِي ﷺ نص في «الأم» على الجواز في هذه الصورة أيضًا.

قال: **(وَلَوِ اخْتَلَفَا فِي قِدَمِ الْعَيْبِ صُدِّقَ الْبَائِعُ بِيَمِينِهِ)** إذا ادعى حدوثه وهو محتمل،أو أجاب بأنه ليس له الرد كما سيأتي بيانه؛ لأن الأصل لزوم العقد وعدم العيب في يده وتحليفه لاحتمال صدق المشتري، ولو ادعى المشتري وجود عيبين في يد البائع فاعترف بأحدهما وادعى حدوث الآخر، قال ابن الْقَطَّان في «المطارحات»: فالقول قول المشتري؛ لأن الرد ثبت بإقرار البائع فلا يبطل بالشك وجعل ذلك قاعدة حيث كان العيب يثبت الرد، فالقول: قول البائع حيث كان يبطله فالقول: قول المشتري، وهذه المسألة نقلها الأستاذ في «شرح الوسيط» عن النص فقال: ولو اتفقا على عيب قديم وتنازعا في آخر فالقول قول المشتري؛ لأن المقتضي للرد متفق عليه.

وحُكي أن الشَّافِعِي أجاب بهذا لما سئل عنه، وفي «الوسيط» أنهما لو اختلفا بعد التحالف وانفساخ البيع في قدم العيب وحدوثه فالقول: قول المشتري، فإن زاد العيب فالقول: قول المشتري نص عليه في باب بيع العروض وهو الأصح.

وفي «فتاوى الْقَفَّال»: أنه لو شرط أنه كاتب فمات عند المشتري قبل أن

عَلَى حَسَبِ جَوَابِهِ.

يختبره فالقول: قول المشتري، بخلاف دعوى العيب عملًا بالأصل فيهما.

وذكر شُرَيْح الرُّويَانِيّ: أن المشتري لو قال: لم أجده كاتبًا، وقال البائع: سلمته إليك كاتبًا إلا أنه نسيه عن جده رواية وجهين:

وجه: تصديق البائع أن العقد قد صح في الظاهر والمشتري يروم فسخه.

ووجه: تصديق المشتري أن الأصل عدم تسليمه على تلك الصفة وكان الغرض فيما إذا مضى زمن يمكن في مثله نسيان الكتابة.

قال: **(عَلَى حَسَبِ جَوَابِهِ)** أي: يكون يمينه مثل جوابه، وإذا قال: ليس له الرد عليَّ بهذا، أو لا يلزمني قبوله حلف لذلك ولا يحلف التعرض لعدم العيب يوم البيع، ولا يوم القبض بجواز أنه أقبضه معيبًا وهو عالم به، أو أنه علم به بعد القبض ورضي به، ولو اعترف به صار مدعيًا مكلفًا بالبينة.

ولو قال في الجواب: ما بعته إلا سليمًا ،أو ما أقبضته إلا سليمًا فالأصح أنه يحلف على ما أجاب ولا يكفيه الاقتصار على أنه لا يستحق الرد ولا يلزمه قبوله.

وقال الدارمي: إن قال: لا يستحق علي رد؛ حلف، وإن قال: لا يستحق بالعيب رد بعد إقراره به، فقول المبتاع إذا تخلى البائع حلف المبتاع، قال: فإن تخلى بطل، انتهى لفظه.

تنبيهات: إحداها: إنما يحلف على البت لا على نفي العلم، ويجوز اليمين على البت إذا اختبر حال العبد واطلع على خفايا أمره، كما يجوز بمثله الشهادة بالاعتبار والعدالة وغيرها، وعند عدم الاختيار يجوز الاعتماد على ظاهر الحال إذا لم يعرف ولا ظن خلافه والورع لا يخفى.

الثانية: حلف على حدوثه ثم تخالفا لأمر اقتضاه وفسخ فقال البائع: صدقني الشرع في الحدث فأريد الأرش لم يسمع منه؛ لأنه صدق لما كان مدعى عليه فيحلف الآن المشتري على عدم حدوثه عنده ولا شيء عليه، ونظيره مطلب الوكيل إذا ادعى تسليم الثمن إلى الموكل صدق بيمينه؛ لأنه أمينه، فلو حلف ثم خرج المبيع مستحقًا أو غرم الوكيل لم يرجع بالغرم على الموكل.

قال المصنف: [وَالزِّيَادَةُ الْمُتَّصِلَةُ كَالسِّمَنِ تَتْبَعُ الْأَصْلَ، ....

الثالثة: سبقت وهنا أليق اختلفا في صفة هل هي عيب صدق البائع بيمينه؟ فإن عرف من غيرهما فلا بد من عدلين عارفين على الأصح، ولو ادعى علم المشتري بالعيب أو تقصيره في الرد صدق المشتري بيمينه.

وقال ابن الْقَطَّان: إذا قال: أريتك العيب وأنكر المشتري تحالفا، كما لو اختلفا في قدر الثمن والأكل ذكره في آخر القراض من فروعه.

قال الشارح: **(وَالزِّيَادَةُ الْمُتَّصِلَةُ كَالسِّمَنِ)** أي: وتعلم العبد الحرفة والقرآن وغيره من العلم الشرعي، وكبر الشجرة.

(تَتْبَعُ الْأَصْلَ) ولا شيء على البائع بسببها لعدم إمكان إفرادها.

قال الشارحون: تبعًا لجماعة منهم، ومنهم الرَّافِعِي والمصنف، وهذا مطرد في كل باب إلا الصداق فإنهما قالا: في أوائل التفليس: إن الزيادة المتصلة من كل وجه كالثمن وتعلم الصنعة وكبر الشجرة فلا عبرة بها، وللبائع الرجوع من غير شيء يلزمه الزيادة، وهكذا حكم الزيادات في جميع الأبواب إلا الصداق فإن الزوج إذا طلق قبل الدخول لا يرجع في النصف الزائد إلا برضاها، ثم قالا: بعده بأوراق وأما تعلم العبد القرآن والحرفة والكتابة والشعر المباح، ورياضة الدابة، فالأصح أنها على القولين أي: في الصفة المحضة إذا زادت قيمة العين بها كما سيأتي ثم قالا: وقيل: هي أثر قطعًا كالثمن، انتهى.

وهذا ما جزما به من قبل ونقله في «البيان» عن عامة الأصحاب وعن صاحب «التلخيص» اطراد القولين فعلى طريقة القطع ما ذكراه من الاطراد، وسنوضح ذلك في التفليس إن شاء الله تعالى، وأما على طريقة القولين فلا، وهل يكون المشتري عليها شريكًا بالزيادة كالمفلس هناك؟ الظاهر نعم ولم أر فيه نصًا، ولا يعمل هنا أيضًا عما سيأتي إن شاء الله تعالى في ورق الثوب والبيدق ونحوهما، وأما أغصان الشجر كغيرها، وقيل: كالثمار ولو كان المبيع غزلًا فنسجه.

قال الْمُتَوَلِّي: هناك ففيه القولان أي: في الآثار هل تعطى حكم

وَالْمُنْفَصِلَةُ كَالْوَلَدِ وَالْأُجْرَةِ لَا تَمْنَعُ الرَّدَّ، وَهِيَ لِلْمُشْتَرِي إِنْ رَدَّ بَعْدَ الْقَبْضِ

الأغصان، وعن الرُّويَانِيّ وغيره هنا أن النسج عيب، فإذا ظهر النسج على عيب قديم فقولان: أصحهما عند الرُّويَانِيّ: يخير البائع بين بدل أجرة النسج وأخذه، أو غزله والأرش؛ لأن الفسخ زيادة عمل مقابل بعوض.

والثاني: يخير المشتري بين الرد ولا أجرة وبين الإمساك وأخذ الأرش؛ لأن النسج أثر لا عين سبقت مسألة الصبغ وعمارة الدار، ومسألة النسج تشهد على مسائل كثيرة هنا في الزيادات المتصلة، هل هي تعطي حكم الأعيان والآثار؟ فلا يعبر بإطلاق من أطلق هاهنا، وقال الماوردي: لو خاط الثوب ثم علم العيب استحق الأرش فإن رضي به البائع فإن بذل الأجرة فله أخذه مخيطًا.

تنبيه: قد يفهم إطلاق المصنف أنه لو اشتراها حائلًا فحبلت عنده، ثم ردها حُسِبَ بقول: إن الحمل ليس بعيب أن البائع يفوز به، وبه جزم القاضي الحسين وجعله كالثمن، وقال القاضي أبو حامد: إنه أولى القولين.

وقال الشيخان: إن قلنا: أنه يأخذ قسطًا من الثمن كما هو الأصح فيأخذه المشتري إذا انفصل على الصحيح، وقيل: يأخذه البائع لانفصاله عند الرد، ثم قالا في التفليس: إن الأظهر عند الجمهور أنه يرجع فيها حاملًا؛ لأن الحمل مانع في البيع فكذا هنا وفيه إشكال، والفرق بين البابين بعيد أو يستحيل والعلم عند الله تعالى.

قال: (**وَالْمُنْفَصِلَةُ كَالْوَلَدِ وَالْأُجْرَةِ**) أي: والثمرة وكسب العبد وغيره الوطء بشبهة ونحوها.

(**لَا تَمْنَعُ الرَّدَّ**) أي: إذا لم يحصل لها نقص ولا عيب.

(**وَهِيَ لِلْمُشْتَرِي إِنْ رَدَّ بَعْدَ الْقَبْضِ**) لأنه ﷺ «**قضى أن الخراج بالضمان**»[1]

---

(١) أخرجه عبد الرزاق (٨/ ١٧٦، رقم ١٤٧٧٧)، وأحمد (٦/ ٤٩، رقم ٢٤٢٧٠)، وأبو داود (٣/ ٢٨٤، رقم ٣٥٠٨)، والترمذي (٣/ ٥٨١، رقم ١٢٨٥) وقال: حسن صحيح. والنسائي (٧/ ٢٥٤، رقم ٤٤٩٠)، وابن ماجه (٢/ ٧٥٤، رقم ٢٢٤٣)، والحاكم (٢/ ١٨، رقم ٢١٧٦)، والبيهقي (٥/ ٣٢١، رقم ١٠٥١٩) والشافعي (١/ ١٨٩)، وابن الجارود (١/ ١٥٩، =

وَكَذَا قَبْلَهُ فِي الْأَصَحِّ. وَلَوْ بَاعَهَا حَامِلًا فَانْفَصَلَ رَدَّهُ مَعَهَا فِي الْأَظْهَرِ.

صححه الترمذي والحاكم.

قال الرَّافِعِي: ومعناه إنما يخرج من المبيع من علة وفائدة فهو للمشتري في مقابلة أنه لو تلف لكان من ضمانه، والمراد بالضمان ضمان الملك معنى أنه يتلف على ملكه؛ لأن الألف واللام للعهد والمعهود، وفي الحديث «**كان ملكًا له**»[1]. ووقع في كتاب «الأزهري» من أصحابنا على المختصر: أنه إذا اشترى عبدًا بيعًا صحيحًا أو فاسدًا فاستعمله، ثم رده فالعلة للمشتري وهذا في البيع الفاسد غلط بلا شك.

قال: (**وَكَذَا قَبْلَهُ فِي الْأَصَحِّ**) تفريعًا على أن الفسخ يرفع العقد من حينه، وهو الصحيح، وقيل: يرفعه من أصله إذا كان الفسخ قبل القبض لضعفه، وقيل: يرفعه من أصله قبل القبض.

قال ابن الرِّفْعَة: ولكن ليس على رتبة واحدة.

والمشهور في الإقالة أنها من حينه من غير خلاف إذا عرف هذا الأصل، فمن قال: من حينه قال: الزيادة للمشتري، ومن قال: بالثاني قال: يرد الزيادة قبل القبض، ومن عم فقياسه رد الزوائد قبل القبض إذا كان الرد قبل القبض.

وفي «الوجيز»: شيء حملوه على طغيان العلم، ثم المراد بارتفاعه من حينه ارتفاع الملك في المبيع فقط دون فائدة.

فوائد: قال: (**وَلَوْ بَاعَهَا حَامِلًا فَانْفَصَلَ رَدَّهُ مَعَهَا فِي الْأَظْهَرِ**) تفريعًا على أن له حكم ومقابلة قسط من الثمن، وتحبس على استيفاء الثمن، وقيل: لا حكم له فيرد الأم دونه، والأصح في الأمة المنع قبل تبين التفريق وشرط الرد وكيفما قدر ألا يكون حصل لها بالوضع نقص، فإن حصل، فلا رد.

وقال ابن الرِّفْعَة: إذا قلنا العيب الذي يقدم نسبة من ضمان البائع وهو

= رقم ٦٢٦) وأبو يعلى (٨/ ٨٢، رقم ٤٦١٤)، وابن حبان (١١/ ٢٩٨، رقم ٤٩٢٧) والديلمي (٢/ ٢٠٥، رقم ٣٠١٠).

(١) أخرجه الطحاوي في «مشكل الآثار» (٢/ ١٦٣).

....

الأصح فينبغي أن يرد وأيده بما لو أصدقها أمةً حاملًا فحملت في يده، ووضعت في يده، ثم طلقها، فإن الرَّافِعِي حكى في نسبة النقص إليه أو إليها وجهين، وسبق أنه إذا علم بزواجها ثم وجد عيبًا بعد إزالة الزوج البكارة لا رد عند الْمُتَوَلِّي، وأنه المختار.

قال الرَّافِعِي: يرد فإن ثبت ما أخبر به وكانت المسألة هنا مع العلم اندفع ما قاله ابن الرِّفْعَة، وإلا فالقبول أقوى وهو لازم للرافعي؛ لأنه ذكر الحكمين في الموضعين، وينبغي أنه إذا لم يعلم المشتري بالحمل أن يحال النقص بالوضع عليه، ويحمل الشرط المذكور هنا على أنه لو علم وهو ظاهر على اختياري لا على ما قاله الرَّافِعِي، وفي المسألة مزيد كلام ذكرته في «الغنية».

تنبيهات وفوائد: أحدها: حملت الأمة عنده، ثم علم العيب قبل تبين التفرق وتمكن من الرد؛ فالأصح أنه لا يردها دون الولد، وجزم الجرجاني.

ويؤيده ترجيحهم المنع في الرهن، وأنهما منعا معًا، وجوز الجماعة التفريق هنا للضرورة، وفي الفرق نظر، وفي المفلس لا يعرف؛ لأن ماله مبيع كله، وفي رجوع النظر في الصداق لا يفرق أيضًا، وإذا منعنا الرد هنا وهو الأصح، فالمنقول أنه يجب الأرش ويأتي وجه سبق في التوقع البعيد، ولو لم يعلم بالعيب أو لم يتمكن حتى جاء سن التفريق لو كانت بهيمة ردها وأمسك الولد والقرض في جميع هذه المواضع حيث لم يجد فيه عيبًا.

الثانية: حملت عنده وردها حاملًا سبق كلام الرَّافِعِي في ذلك وممن وافقه الماوردي، وقال: إذا قلنا: الحمل للمشتري فله حبسها حتى تضع.

وإن قلنا: للبائع فلا، ووافقه الْجُورِي على جواز الجنس. وقال: إنه إن ردها تبعها الحمل ويكون تاركًا لحقه، وليس له استثناؤه، بخلاف ما لو اشترى الجارية الموصى له بحملها، ثم ردها بعيب لا يتبعها الحمل.

وإذا قلنا: الحمل عيب أو لم نقل فحصل به نقص فله الأرش، وقيل: يمسكها ليردها بعد الوضع إن لم ينقصها الوضع.

....

الثالثة: الحمل يندرج في المعاوضة، وفي اندراجه في غيرها من العقود والفسوخ قولان حتى الهبة، نقل الإمام أن الجديد فيها المنع، وكلام الشيخين يقتضي الجزم فيها بالاندراج، وفي الرهن الأصح الاندراج فسلكا طريق البناء في كل المواضع إلا في الفلس لميل الأكثرين إلى خلافه، وكلام الأئمة مضطرب فيه.

والذي يظهر أحد أمرين: القول بالتبعية في كل المواضع، أو القول به في عقد المعاوضة وفسخه دون سائر العقود والفسوخ؛ لأن الفسخ يلي العقد، ويظهر من هذا ترجيح التبعية في الفلس كما نص عليه، وفي الرد بالعيب والثمر غير المؤجرة أولى يوم الاندراج؛ لكن الأصح فيها الاندراج، وأما الصوف واللبن الذي حدث لم يوجد.

فقال القاضي الحسين: إنهما للمشتري لا يتبعان في الرد، والأصح خلافًا كالحمل، ويلزم الرَّافِعِي أن يقول لا يتبعان كالحمل عنده؛ بل أولى وقد قال: إنه يرد الصوف، ولم يذكر مسألة اللبن هكذا ذكروه، وفي ترجيح تبعية اللبن نظر وسبق ما يقتضي الجزم بخلافه، ولو حدث الصوف عنده فجزَّه ثم ردها بعيب بقي المجزوز له، ولو كان عليها صوف حين الشراء فجزَّه رده معها.

وقال الشيخ أبو حامد: إذا أمكن معرفة العيب بغير الجزِّ امتنع الرد، وإن جزَّه ثانيًا فالثاني له، وإن حدث الصوف ولم يجزه حتى رد فسبق حكمه.

وفي «فتاوى القاضي الحسين»: أنه يرده، وهو خلاف ما سبق عن تعليقه، ولو اشتراها وعليها صوف فطال، ثم ردها بعيب قبل الجز.

فإن قلنا: الصوف تابع في الرد فذاك.

وإن قلنا: إنه للمشتري فمقضيًّا بأنه يكون بينهما، فإن اتفقا وإلا فصلت الخصومة بطريقها، وإن جُزَّ قبل الرد فيزداد النظر هنا في أنه إذا ردها يكون المجزوز مشتركًا بينهما، وقد يكون كل مانعًا من الرد، ولو اشترى أرضًا فيها أصول كرات ونحوه وأجَّلنا في البيع فنبت في مدة، ثم ردها بعيب بقي النابت له.

وفرَّق الرَّافِعِي بينهما وبين الصوف بأنها ليست جزءًا من الأرض؛ ولهذا

وَلَا يَمْنَعُ الرَّدَّ الِاسْتِخْدَامَ وَوَطْءَ الثَّيِّبِ، وَافْتِضَاضُ الْبِكْرِ بَعْدَ الْقَبْضِ نَقْصٌ حَدَثَ وَقَبْلَهُ جِنَايَةٌ عَلَى الْمَبِيعِ قَبْلَ الْقَبْضِ.

لا يدخل الظاهر منها في ابتداء البيع.

قال: **(وَلَا يَمْنَعُ الرَّدَّ الِاسْتِخْدَامَ)** أي: إجماعًا.

(وَوَطْءَ الثَّيِّبِ) عندنا قياسًا عليه، فإن وطأها البائع أو أجنبي مطاوعةً عالمًا زنا فعيب إن كان قبل القبض رد به، أو بعده منع وفيه ما سبق عن القاضي في المشتهرة به، وإن كان مشبهة أو مكرهة فلا إثم إن كان بعد القبض وجب المهر على الواطئ، أو قبله وجب على الأجنبي، وفي وجوبه على البائع وجهان بناءً على ما يأتي في جنايته.

قال: **(وَافْتِضَاضُ الْبِكْرِ بَعْدَ الْقَبْضِ نَقْصٌ حَدَثَ)** أي: ممن كان فيمتنع الرد كسائر العيوب الحادثة إلا إذا كان الوطء بزواج سابق فقد سبق حكمه، وإن كان الأحسن أن يقول: وزوال البكارة لما فيه من الشمول.

قال: **(وَقَبْلَهُ جِنَايَةٌ عَلَى الْمَبِيعِ قَبْلَ الْقَبْضِ)** أي: ألا يكون من الزوج فحكمه ما سبق، وإن كان من أجنبي لا ما له الافتضاض فعليه ما نقص من القيمة، أو تاليه ففيما يلزمه وجوه واضطرب كلامه في «الروضة» في ذلك.

فقال: هنا فيه وجهان: أصحهما يلزمه مهر مثلها بكرًا لا غير.

والثاني: مهر مثلها ثيبًا وأرش البكارة، وقال في وطء الغاصب: يلزمه مهر ثيب، وأرش بكارة في الأصح.

والثاني: مهر بكر فقط وذكر مثله في الديات.

وقال: في باب البيوع المنهي عنها في الكلام على البيع الفاسد يجب مهر بكر وأرش البكارة، أما مهر البكر فللاستمتاع ببكر، وأما الأرش فلإتلاف البكارة فرجح هنا مهر بكر فقط وعكسه في الغصب والجنايات وجزم في البيع الفاسد بما ذكرنا إذا عرفت هذا، فإن أجاز المشتري وتم العقد فالجميع له، وإن ماتت قبل القبض فأرش البكارة للبائع، وفي مهر الثيب وجهان بناءً على أن الرفع من حينه أو من أصله، وإن فسخ المشتري فقدر أرش البكارة للبائع

فَصْلٌ: التَّصْرِيَةِ حَرَامٌ تُثْبِتُ الْخِيَارَ عَلَى الْفَوْرِ، ....

والباقي للمشتري، وكذا جزما به وكأنه تفريع على أن الرفع من حينه، وإن افتضها البائع، وقلنا جنايته كالآفة وأجاز المشتري فواضح، وإن قلنا: كالأجنبي فحكمه حكمهن، وإن افتضها المشتري استقر عليه من الثمن بقدر ما نقص من قيمتها وهو تعييب مانع من الرد بالعيب القديم، فإن افتضها فعليه الثمن، وهل عليه مهر ثيب إن افتضها؟

ثالثه: يبني على أن الفسخ رفع من حينه أو من أصله كذا قالاه، وجعل القاضي الحسين ذلك تفريعًا على قولنا أرش البكارة يفرد، فإن قلنا: لا يفرد فيقرر من الثمن ما يقابله باعتبار القيمة.

وفي الباقي من المهر الوجهان، فإن أفردنا الأرش وكان عُشر قيمتها فقررنا عُشر الثمن وإن لم يفرد وكان مهرها بكرًا مائة، وثيبًا ثمانين، فقررنا خمُس الثمن، ولنفرض القيمة واحدة في الموضعين، فإنه ما ذكره الرَّافِعِي وتبعه المصنف إنما يأتي على الوجه الضعيف القابل بإفراد الأرش، وهذا كله إذا لم يجعل وطء المشتري كوطء الأجنبي وهو الصحيح.

قال: (**فَصْلٌ: التَّصْرِيَةِ حَرَامٌ**) للنهي الصحيح سواء قصد البيع أم لا للحديث، ولما فيه من ضرر الحيوان وممن نبه عليه الْمُتَوَلِّي، وأما إذا صرها للبيع ولم يضر بها فلا تحريم صرح به الماوردي وغيره، وفي معنى التصرية: المصرة تركها بلا حلب مدة يتضرر فيها، وأما صره للبيع فلما فيه من الغش والتدليس والتبصر به أن يربط خلاف البهيمة ويترك حلبها يومًا فأكثر ليجتمع اللبن في الضرع فيظن المشتري غزارة لبنها.

قال: (**تُثْبِتُ الْخِيَارَ عَلَى الْفَوْرِ**) أما ثبوت الخيار فلقوله ﷺ: **«لا تصروا الغنم والإبل، فمن ابتاعها بعد ذلك فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها، إن رضيها أمسكها، وإن سخطها ردها وصاعًا من تمر»**(١) متفق عليه.

وأما كونه على الفور فقاله ابن أبي هريرة، وصححه الْبَغَوِي، والرافعي

---

(١) أخرجه مالك (٢/ ٦٨٣، رقم ١٣٦٦)، والبخاري (٢/ ٧٥٥، رقم ٢٠٤٣) ومسلم (٣/ =

وَقِيلَ: يَمْتَدُّ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ، ....

وتابعهما المصنف، وهو على هذا القول خيار عيب ولا فرق عند هؤلاء بين أن يطلع على التصرية في الثلاث أو بعدها كالرد بالعيب.

قال: (**وَقِيلَ يَمْتَدُّ ثَلَاثَةَ أَيَّام**) للحديث الصحيح في صحيح مسلم وغيره: «**من اشترى شاة مصراة فهو بالخيار ثلاثة أيام**»[1] الحديث، وهذا الوجه قاله أبو حامد القاضي، ونص عليه الشَّافِعِي في اختلاف العراقيين من «الأم» ونقله الرُّويَانِيّ عن نصه في «الإملاء» ونقله الْجُورِي، وابن المنذر من كلام الشَّافِعِي ﷺ صريحًا.

وقال به الصيمري، والماوردي، والدارمي، وأبو النصر الْبَنْدَنِيجِي، والشيخ أبو محمد في «مختصره»، والغزالي في«خلاصته» وصاحب «المعتبر».

واقتضى إيراد الرُّويَانِيّ في «البحر»، والشاشي، وابن سراقة ترجيحه وهو الصحيح عملًا بالحديث السالم عن المعارض المعتبر. قال ابن دقيق العيد في«شرح العمدة»: وهو الصواب لوجهين:

أحدهما: أن من قال بالفور قاسه على الرد بالعيب، والنص مقدم على القياس.

والثاني: أنه خولف القياس في أصل الحكم للنص، فيظهر رد ذلك ويتبع في جميع موارده، انتهى.

وهو خيار شرع ولا فرق على هذا القول بين كونه عالمًا أو جاهلًا، والمعنى فيه أن هذا العيب لا يوقف على حقيقته في العادة إلا بثلاث، وفي المسألة وجه ثالث بعيد قاله: أبو إسحاق: أنه لا يرد قبل الثلاث ولا يظهر إلا بتمام الثلاث، ووقع في نقله عنه اضطراب لا نطيل بذكره، وعبارة اللباب، والرونق فهو الخيار بعد الثلاث فيحتمل أنهما وافقا أبي إسحاق وأنهما وافقا الصحيح المنصوص.

= ١١٥٥، رقم ١٥١٥)، وأبو داود (٣/ ٢٧٠، رقم ٣٤٤٣) والنسائي في الكبرى (٤/ ١١، رقم ٦٠٧٩) وأبو عوانة (٣/ ٢٦٢، رقم ٤٨٩٩).

(١) أخرجه مسلم (٣/ ١١٥٩، رقم ١٥٢٤). وأبو داود (٣/ ٢٧٠، رقم ٣٤٤٤).

....

تنبيهات وتتمات:

إحداها: إذا قلنا بالثلاث فابتداؤها من العقد أو التفرق قالا: فيه الوجهان في خيار الشرط.

ومقتضاه أن الأصح أنها من العقد، وصحح الْجُورِي أنها من التفرق؛ لأن قبل التفرق الخيار لهما فيمتنع التنشيط بالحلب وغيره، وهو حسن.

وقال ابن المنذر: ابتداؤها بعد الحلب، ولا أعلم من قاله غيره، وكأنه أخذه من قوله عليه ﷺ: «**فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها ثلاثًا**»(١) ومن قوله أيضًا: «**فهو بالخيار ثلاثًا**»(٢) ولا جواب عنه ولو قيل أن ابتداء الثلاث من القبض لاحتمل.

الثاني: هل علة هذا الخيار تدليس البائع أو ضرر المشتري؟ فأظنه فيه وجهان يظهر أثرهما فيما لو تحفلت بنفسها، وهو أن يترك حلبها مدة بلا شد نسيانًا، أو صرها ليلًا يضيع لبنها، أو لئلا يشربه، ثم نسيها وباعها، وفي معناه ما لو صرها غيره بغير إذنه ولم يعلم، ثم باعها ففي الخيار وجهان: أصحهما عند الْبَغَوِي وبه جزم شيخه القاضي ثبوته، وعند الغزالي، وتبعه عبد الغفار وهو الأقرب إلى كلام «المنهاج» وأصله.

وحقيقة الوجهين ترجع إلى إلحاقه بخيار العيب أو الخلف، والأصح ما رجحه الْبَغَوِي وهو مقتضى كلام الماوردي، والعراقيين، والشافعي فيه، أما لو تركها بلا حلب من شد ليراه المشتري فهو كالشد بهذا القصد قطعًا.

الثالث: ما سبق من العُرف بين العالم والجاهل على اختلاف الوجهين هو قضية كلام الرَّافِعِي وغيره، وهو على وجه الامتداد ظاهر إذا علم به بعد البيع، أما لو علم بالتصرية قبل البيع أو حالة العقد فقد أطلق الجمهور أنه لا خيار.

وقال الدارمي: إذا علمه أنها مصراة فلا خيار، فإذا علم بعد البيع فأمسك فلا خيار، وإن قال له البائع أو قامت بينة أنه قال: مصراة، فإن صدقهم

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) تقدم تخريجه.

....

المشتري فلا خيار، وإن كذبهم على قول القاضي فله الخيار، هذا لفظه وهو كلام مظلم وأحسب ذلك من الناقل.

وحكي أن الأصحاب قالوا على قول أبي حامد: أنه لو اطلع على التصرية بعد ثلاث لم يردها وهو مشكل، وينبغي أن يقال: يثبت الخيار ثلاثًا بالشرع، فإذا اطلع بعدها ثبت على الفور؛ لأن التصرية عيب نص عليه الشَّافِعِي رضي الله عنه، ونص على خيار الثلاث ولا تنافي، فيجمع بينهما، ثم رأيت في تعليق على الامتداد، قالوا: لا رد لأنه خيار يثبت بالشرع للتروِّي فيفوت بانقضاء الثلاث.

وقال الْجُورِي: إذا علم بها بعد الثلاث فله الرد كسائر العيوب، وإنما الثلاث فسحة له إذا علم بالتصرية أول يوم أو في الثاني له أن يؤخر الرد إلى الثالث وينقطع بتأخير الرد بعد ثلاث، فأما إذا لم يعلم فهو كسائر العيوب وهذا حسن صحيح وفي «الإبانة» و«الوسيط» ما يوافقه.

وقال الدارمي: وإن لم يحلبها حتى مضت الثلاث، ثم حلب فعرف فله الخيار، وقيل: لا، وعبارة «الكافي» ثم إن علم بالتصرية بعد ثلاثة أيام فله الرد على الفور، وقبل مضيها فوجهان: أصحهما أنه على الفور.

قلت: قال في «التهذيب»: كما لو علم بعد الثلاث؛ لكن الظاهر أن هذا تفريع على قول الفور فلا شاهد فيه.

الرابع: سيق عن الْجُورِي أنه لو اشترط خيار الثلاث في المصراة لم يجز لإصرارها بترك الحلب، وقال الدارمي: إذا اشترى شاة وشرط الثلاث وكانت مصراة فهل مد أجل، أو يكو ن له سنة؟على وجهين وسيقا عن «فروع ابن الْقَطَّان»، وقضية ذلك صحة اشتراط خيار الثلاث.

قال الدارمي: وإن اشترط ثلاثةً وثلاثًا إن كانت مصراة فإن قلنا: استحقها بالإطلاق صح، وإن قلنا: ثلاثًا فسد البيع بشرطه، وإذا اشترى مصراةً وشرط ألا يرد بطل البيع، قاله: ابن الْقَطَّان.

الخامس: إذا لم يعلم بالتصرية حتى استمر لبنها بحالة التصرية وصار عادة

فَإِنْ رَدَّ بَعْدَ تَلَفِ اللَّبَنِ رَدَّ مَعَهَا صَاعَ تَمْرٍ.

لها فالأصح وبه أجاب الْبَغَوِي، وصححه المحاملي في «المقنع»، وابن أبي عصرون وغيرهما أنه لا خيار لعدم الضرر. وقال الرُّويَانِيّ في «التجربة»: لا خيار قولًا واحدًا وغلط من قال غيره، انتهى.

وصحح القاضي أبو الطيب ثبوته للتدليس وشبهوا الوجهين بالوجهين فيما إذا لم يعرف العيب القديم إلا بعد زواله، وبالقولين فيما لو عتقت تحت عبد ولم تعلم حتى عتق، وقال الشيخ أبو حامد في «التعليق»: لا وجه لثبوت الخيار في مسألتنا وفيه نظر؛ لأن هذه الأمور العارضة على خلاف الحبلة لا يوثق بدوامها، وأنها بخلاف اللبن المعتاد من أصل الخلقة ولا يخفى أن الكلام فيما إذا جعلنا الرد من نأي العيب، أما إذا جعلنا الخيار بالشرع وتبين ذلك في الثلاثة فله الرد بلا شك، وبنى الجرجاني الوجهين على أن هذا خيار خلف أو عيب إن قلنا: خلف فلا رد، وإلا بنى على الوجهين في علم العيب بعد زواله.

قال: (**فَإِنْ رَدَّ بَعْدَ تَلَفِ اللَّبَنِ رَدَّ مَعَهَا صَاعَ تَمْرٍ**) للحديث، وهو الصحيح المنصوص، فاتفق الأصحاب على جواز ردها بعد تلف اللبن للحديث ولم يخرجوه على الرد بعد تلف بعض المبيع إلا ابن أبي الدم فإنه قال: فيه وجه حكاه الإمام أنه إذا حلب اللبن فتلف امتنع عليه رد الشاة قياسًا على رد العبد القائم بعد تلف الآخر ولم أره في «النهاية»، وكأنه اشتبه عليه بوجه حكاه الإمام فيما إذا أراد ردها بعيب غير التصرية أنه يتخرج على تفريق الصفقة رواه الشيخ أبو علي.

والذي قطع به الأكثرون ونص عليه الشَّافِعِي أن له ردها بالعيب ورد اللبن كالرد بالتصرية.

إشارات: منها: اللبن في غير المصراة يقابله قسط من الثمن على الصحيح، وأما في المصراة إذا ردها بالتصرية فلا خلاف فيه للحديث، وإن ردها بعيب آخر فذكر الغزالي خلافًا وافقه الرَّافِعِي عليه في أن لبن المصراة مقصود وهو مصادم للحديث، وفي ردها بعيب غير التصرية مأخذ آخر غير تفريق الصفقة وهو أن من اشترى سلعة ثم علم بها عيبًا فرضي ثم اطلع على عيب آخر هل له الرد؟

....

وجهان: الصحيح المنصوص نعم، وكذا لو اطلع على عيبين فرضي أحدهما وأراد الرد بالآخر، ولا فرق في ذلك بين البقرة المصراة وغيرها، وحكاهما الْجُورِي بقولين في المصراة، وأشار في غيرها إلى أنه لا يرد بخلاف المصراة فإن للبن بدلًا فكأنما ردها بعيب واحد وهذا المأخذ ضعيف.

ومنها: كلام المصنف يفهم أنه رد المصراة قبل تلف اللبن أنه يرده لا غير، وأن الحكم يختلف والمنقول أنه إن كان قد تغير لم يجبر البائع على قبوله، وكذا إن لم يتغير على الأصح، فكان الصواب أن يقول: فإن رد بعد الحلب فإنه إذا اطلع قبله على التصرية ردها بلا شيء، أو بعده ففيه ما بيَّناه فيرد الصاع مطلقًا، وهذا في الرد القهري، أما لو تراضيا برد اللبن جاز قاله الماوردي، والروياني، والبغوي، وقال الرَّافِعِي: لا خلاف فيه.

ومنها: قضية إطلاق وجوب رد الصاع أنه لا فرق أن يكون اشتراها بصاع أو دونه، أو بغير الثمن ولا بين كون قيمة الحيوان كقيمة صاع أو أقل أو أكثر وهو المذهب وفي بعض الصور خلاف.

ومنها: قضية إطلاقه أنه لا يتعين نوع الثمر، والمنقول عن النص أنه قال: يرد صاعًا من تمر البلد الذي هو به تمر وبسط، وقضيته أنه لا يعطي دون تمر بلده، وإن كان سليمًا وأنه يتغير تمر بلده، ويؤيده بعين غالب غنم البلد في خمس من الإبل كما هو الأصح المنصوص، ثم إذا أعوز التمر ففي قيمته وجهان في «الحاوي»:

أحدهما: قيمة أقرب بلاد التمر إليه والنص يعضده.

والثاني: قيمته بـ«المدينة الشريفة»، ولم يذكر الرَّافِعِي غيره، ثم المعتبر قيمة يوم الرد قاله الْبَنْدَنِيجِي وغيره، وفي كلام الإمام أنه يعتبر القيمة الوسط ويمكن حمله على الوسط من الأنواع ليوافق قول: الْبَنْدَنِيجِي؛ لكن قول: الغزالي في أكثر الأحوال ظاهر يخالفه وأنه لا يعتبر وقت الرد وما قاله العراقيون أولى.

وَقِيلَ: يَكْفِي صَاعُ قُوتٍ، ....

ومنها: لو تعددت المصراة والصفقة واحدة هل يتعدد الصاع؟ لم أر فيه كلامًا لأصحابنا، ونقل ابن قدامة الحنبلي وغيره منهم عن الشَّافِعِي تعدد الصاع، واختلف المالكية فيه، وإلى عدم التعدد ذهب ابن حزم، وزعم ابن الرِّفْعَة أنه ظاهر الحديث، وأن أصحابنا لا يسمحون به، وهذا منه يفهم أنه لم يرى فيه نقلًا ومقتضى المذهب التعدد. وقال ابن عبد البر: ينبغي ألا يجب في لبن شياه أو نوق أو بقرات عدة إلا الصاع عادةً وتسليمًا.

ومنها: يؤخذ من كلام المصنف أنه لو رضي بالتصرية بعد الحلب، ثم اطلع على عيب آخر أن له الرد كما هو المشهور، وأنه يرد معها صاع تمر كما نص عليه الشَّافِعِي، وجرى عليه الجمهور، وقيل: تجري على تفريق الصفقة كما أشرنا إليه من قبل وليس بشيء، ويخرج من كلامهم أن البائع لو أتلف الثمن وهو صاع تمر من النوع الذي يلزم المشتري رده، ثم ردها المشتري أنهما يقعان في التقايض إذا أجريناه في المثليات كما هو الأصح المنصوص خلافًا لترجيح الرَّافِعِي وغيره.

قال: (وَقِيلَ يَكْفِي صَاعُ قُوتٍ) قاله ابن أبي هريرة، وابن سُرَيْج، والإصطخري، وابن سلمة، وجعل محله إذا عدم التمر، والمشهور جريانه مطلقًا، ثم نقل الجمهور تفريعًا عليه وأن المعتبر في كل بلد قوته.

وقال الْمُتَوَلِّي: لا يختلف المذهب أنه لو رد بالتمر جاز، وأنه لو رد بدله شيئًا آخر كالحنطة والشعير يجوز، وهل يلزم البائع قبوله؟ وجهان، فحصل ثلاثة أوجه، وقيل: صاع من الأقوات المزكاة.

قال الإمام: إلا الأقط[١]، وقيل: يجوز مثل اللبن أو قيمته إذا أعوز المثل، وهذه الأوجه الأربعة ضعيفة سواء قلنا بالتخيير، أو باعتبار الغالب لنص الحديث على التمر.

---

(١) الأُقْطُ: شيء يتخذ من اللبن المَخيض يطبخ ثم يترك ثم يَمْصُل، والقِطعة منه أَقِطةٌ. [تاج العروس مادة: (قط)].

وَالْأَصَحُّ أَنَّ الصَّاعَ لَا يَخْتَلِفُ بِكَثْرَةِ اللَّبَنِ، ....

واعلم أن القول: بتعين الثمن نقله الأصحاب عن أبي إسحاق، ونقلوه عنه أنه إذا عدل إلى قوت أغلى منه أجزأه، ومقتضاه أنه إذا عدل عنه إلى الحنطة وهي أغلى اعتبارًا بزيادة الاقتيات كما صححوه في الفطرة أنه يجوز، فالقول: بتعين الثمن على الإطلاق، قل من نقله، والعهدة فيه ظاهر الحديث والنص وهو ظاهر كلام «الكتاب»، ومن يعتمد في الصحيح موافقة المعظم يحتاج إلى بيانه هنا، ولا يلزم العدول إلى الأغلى هناك العدول إليه هاهنا، إذ المقصود هناك سد الخلة، وهنا قطع النزاع مع ضرب بعيد، وإنما حمل الأصحاب على الخلاف هنا رواية أبي داود: «**وردَّ معها مثل أو مثلي لبنها قمحًا**»[1] وهي ضعيفة.

وقال الدارمي: إن وجد الثمن أعطاه ما لم يبلغ قيمة الشاة أو أكثر منها، فإن بلغ فإنا نحكم حينئذٍ بقيمة صاع بالحجاز على جاري العرف، قاله: المروزي، فإن لم يجد تمرًا أصلًا فقيمته، انتهى.

والمروزي هو أبو إسحاق، وهذا غير ما حكوه عنه فيما سبق.

فرع: لو تراضيا على إبدال الثمن بغيره جاز مطعومًا كان أو نقدًا.

وقال ابن المنذر: لا يجوز؛ لأنه يقع الطعام قبل قبضه، وحكى ابن كج في إبدال التمر بالبر وجهين: فيحتمل أن يخصه بالطعام، ويحتمل أن يعم لمأخذ ابن المنذر، أو لمأخذ آخر، ولو تراضيا على الرد بغير شيء؛ فالظاهر جوازه، وقيل: يحتمل المنع بناء على منع تفريق الصفقة شرعًا، وهذا بعيد.

قال: (**وَالْأَصَحُّ أَنَّ الصَّاعَ لَا يَخْتَلِفُ بِكَثْرَةِ اللَّبَنِ**) لإطلاق الحديث، وقطعًا للنزاع وهذا نصه في «الأم» والثاني: يتعذر بتقدير اللبن لرواية أبي داود السابقة، إذ فيها: «**رد مثل أو مثلي لبنها قمحًا**» ويحتمل الأمر بالصاع على أنه كان في وقت علم أنه قدره فينظر قيمة اللبن فيؤدي بقدرها زاد على الصاع أو نقص، وهو ضعيف، وقد سوى في الحديث بين الإبل والغنم مع اختلاف ألبانها.

قال الرَّافِعِي: ثم منهم من خصه بما إذا زادت قيمة الصاع على نصف قيمة

(١) أخرجه أبو داود (٣/ ٢٧١، رقم ٣٤٤٦) والبيهقي (٥/ ٣١٩، رقم ١٠٥٠٤).

وَأَنَّ خِيَارَهَا لَا يَخْتَصُّ بِالنَّعَمِ بَلْ يَعُمُّ كُلَّ مَأْكُولٍ ....

الشاة، وقطع بوجوب الصاع إذا نقصت عن النصف، ومنهم من أطلقه[١].

قال: ومتى قلنا بالثاني قال الإمام: تعتبر القيمة الوسط للتمر بالحجاز، وقيمة مثل ذلك الحيوان بالحجاز، فإذا كان اللبن عشر الشاة مثلًا أوجبنا من الصاع عشر قيمة الشاة، انتهى.

وهذا كلام عجيب؛ لأنه مفرع على أن الواجب بقدر اللبن، وصدر هذا التفريع اعتبار التمر والحيوان وآخره يقتضي سنة اللبن من الحيوان، وهو غير ملتئم، والذي قاله الإمام: إنَّا إن لم نر إيجاب الصاع يعتبر قيمة التمر والحيوان، فإذا فعلنا جرى الأمر في القدر على الحد المطلوب، وفي نقل هذا الوجه وتجويزه خبط طويل نذكره إن شاء الله تعالى في التوسط.

قال: **(وَأَنَّ خِيَارَهَا لَا يَخْتَصُّ بِالنَّعَمِ بَلْ يَعُمُّ كُلَّ مَأْكُولٍ)** وأما ثبوته في الإبل والغنم فبالنص، وأما في البقر فكلام الشَّافِعِي يشعرنا به بالقياس عليهما، وبعض الأصحاب يجعله بالنص لرواية: «**من اشترى مصراة**»[٢] ولكن الرواية الأخرى: «**من اشترى شاة مصراة**» وهما صحيحان.

فإن كان حديثًا واحدًا فالحكم للزيادة، ويعين القياس، وإن كانا حديثين قوي القول بعموم النص وفي«الحاوي» أن حكم أتان الخيل حكم الأمة، وهو الأقوى عندي، وإن كان المشهور للأصحاب خلافه وهذا قوله في رد الصاع بدل اللبن لا في أصل الخيار، فإنه لا يعد مالًا ولا يباع عادةً، ولا يؤكل غالبًا، والشافعي والجمهور إنما صوروا المسألة في النعم وهي الإبل والبقر والغنم، وليس معنا نص يقتضي التعميم إلا ما سبق، والظاهر أن الروايتين لحديث واحد، ومن تعمم يوجب الصاع في لبن الأرنب والثعلب والضبع ونحوها من الوحشيات، ولا يخفى بعد هذا عن القياس والنصوص خرجت

---

(١) في «المجموع» [١٢/ ٧١]: وعن الخراسانيين في ذكرهم الخلاف على الإطلاق في تفاوت ذلك بتفاوت اللبن، وزيادة قيمة التمر على الشاة أو نصفها؛ فرضوه في بلاد يكون التمر بها عزيزًا كخراسان.

(٢) تقدم تخريجه.

وَالْجَارِيَةَ وَالْأَتَانَ، وَلَا يَرُدُّ مَعَهُمَا شَيْئًا، وَفِي الْجَارِيَةِ وَجْهٌ، ....

على ما يجعل عادة هذا في إيجاب الصاع من البعد البعيد عن القياس؛ بل أقول في ثبوت أصلي الخيار فيما ذكرنا من الوحشيات بعد.

قال: (**وَالْجَارِيَةَ وَالْأَتَانَ**) أي: الأهلية؛ لأن كثرة لبنها يقصد لتربية الولد.

قال: (**وَلَا يَرُدُّ مَعَهُمَا شَيْئًا**) أما الجارية فلأن لبنها لا يعتاض عنه غالبًا.

قلت: وهذا التوجيه يشهد لاختياري في الخيل والأرنب ونحوها، وأما الأتان فلنجاسته على المذهب، والقول بأنه طاهر ويجوز بيعه وشربه ضعيف، وقيل: طاهر لا يجوز شربه ولا بيعه حكاه ابن الْقَطَّان، والماوردي.

قال: (**وَفِي الْجَارِيَةِ وَجْهٌ**) أي: أنه يرد بدله؛ لأنه مقصود، وصححه القاضي أبو الطيب، وابن أبي عصرون، ورد بنص الشَّافِعِي على أنه لو باع حلابة ذات لبن بلبن آدمية جاز، ولو كان لبنها يقابل بقسط لما جاز كالشاة، والحاصل فيها وجوه الصحيح أنه يردها ولا يرد معها شيئًا، والثاني: لا رد وليس بعيب فيها، والثالث: يردها مع الأرش إلا الصاع، والرابع: يردها مع صاع، وهو ما ذكره في الكتاب وتكلمنا عليه.

وقال الإمام: إذا أثبتنا الخيار في الجارية فإن قدرنا الثمن بقيمة اللبن فلم يكن للبن الجارية قيمة لم يجب شيء، وإن أوجبنا الصاع فهاهنا وجهان، وإن كان له قيمة فهل يبدل بالصاع أو بقيمته من تمر أو قوت آخر؟ وجهان، انتهى.

وحينئذٍ فزيد الوجوه على ما ذكرناه، وأما الأتان فالصحيح فيها ما سبق أنه يردها ولا يرد معها شيئًا، وقيل: يردها ويرد معها صاعًا كالشاة بناء على أنه طاهر مشروب، وقيل: لا يردها ويأخذ الأرش، وقيل: لا يردها ولا شيء له بناءً على أن التصرية فيها ليست بعيب، وينبغي جريان الخلاف، وإن قيل: بطهارته كالجارية فلما سبق في الخيل.

فرع: غير المصراة إذا حلبها ثم ردها بعيب جاز، ولا يرد معها شيئًا قاله الشَّافِعِي في مناظرة محمد بن الحسن، وتحقيقه أنه إن لم يكن هناك لبن مجتمع وقت الشراء أو كان يسيرًا كالرشح رد ولا شيء معها، وإن كان في ضرعها لبن

وَحَبْسُ مَاءِ الْقَنَاةِ، وَالرَّحَى الْمُرْسَلِ عِنْدَ الْبَيْعِ، وَتَحْمِيرُ الْوَجْهِ، وَتَسْوِيدُ الشَّعْرِ وَتَجْعِيدُهُ يُثْبِتُ الْخِيَارَ، ....

مجتمع لبن العادة لا لبن التصرية، فهل يردها مجانًا، أو يمتنع الرد، أو يردها وصاعًا من تمر، أو يردها وبدله لا صاعًا؟

وإن قلنا: لا يقابل بقسط ردها بغير شيء وإلا رد معها ما سبق وجوه.

قال الشارح: والأقوى أنه إذا قلنا إنه مقابل استرد معها صاعًا من تمر كالمصراة وهو الوجه الثالث، وقول الْبَغَوِي وفي الحقيقة ليس في المسألة إلا أربعة أوجه، انتهى.

قال: (**وَحَبْسُ مَاءِ الْقَنَاةِ، وَالرَّحَى الْمُرْسَلِ عِنْدَ الْبَيْعِ**) أي: أو الإجارة وجميع المعاوضات.

(**وَتَحْمِيرُ الْوَجْهِ، وَتَسْوِيدُ الشَّعْرِ وَتَجْعِيدُهُ**) أي: التجعيد المحبوب.

(**يُثْبِتُ الْخِيَارَ**) قياسًا على التصرية بجامع التدليس، ولا بد أن يكون ذلك بحسب لا يظهر لغالب الناس أنه مصنوع، بحيث لا ينسب المشتري إلى تقصير، وأن يكون بفعل البائع أو غيره بإذنه وأن يجعد بنفسه، فكما لو تجعدت بنفسها قاله بعض الشارحين، وجزم الفوراني في «الإبانة» وتابعوه عليه بأنه إذا تجعد الشعر بنفسه، ولا خيار صح، والأشبه يخرجه على ما لو تجعدت بنفسها، وقضية كلام الأكثرين هناك ثبوته وهو الظاهر هنا، ويؤيده كلام «الحاوي» و«العمدة» وغيرها هنا، فإن عباراتها تقتضي عدم الفرق بين الحالين.

ولفظ الشَّافِعِي في «الأم» في كتاب السلم: ولو جعدت له وقد اشتراها نقدًا بغير صفة كان بالخيار في ردها إذا علم أنها سبطة؛ لأنه اشتراها على أنه يرى أنها جعدة، والجعدة أكثر ثمنًا من السبطة، انتهى.

وقيل: كذلك اسوداد الشعر بنفسه، أي: يخرج على الخلاف في التجعد، وعجب اسوداده بنفسه، والظاهر أن خضابه بحمرة يشبه الشعرة كالتسويد، ثم الخيار عند تجعيده محله إذا رآه المشتري، أما إذا لم يره وصححنا البيع فلا خيار، ولينظر فيما لو انحبس ماء القناة بنفسه أو حبسه غيره لا لمواطأة منه،

لَا لَطْخُ ثَوْبِهِ تَخْيِيلًا لِكِتَابَتِهِ فِي الْأَصَحِّ].

(باب الْمَبِيعِ قَبْلَ قَبْضِهِ مِنْ ضَمَانِ الْبَائِعِ)

قال المصنف: [فَإِنْ تَلِفَ انْفَسَخَ الْبَيْعُ وَسَقَطَ الثَّمَنُ، ....

هل يكون حكمه ما قدمناه، أو يفرق بين أن يعلم بذلك وسكت، أو لا يعلم به بأن كان غائبًا عنه حين رآه المشتري ونحوه؟.

إشارات: من الأمثلة ما إذا ابيض وجهها بالطلاء وكان أسمر وحمره بالدمام ثم بان أصفر وأرسل زنبورًا على وجهها فانتفخ، أو وضع قطنًا في شدقيها، أو صبغ الحمار ونحوه، أو نفخ فيه أو لون زجاج يكون بلحش أو غيره من الجواهر، أو دهن شعر الدابة قاله المحاملي في «المقنع» وما أشبه هذا، ولو بسط شعر الجارية فبان جعدًا أي: التجعد الحسن لم يثبت الخيار على الأصح، وقيل: قطعًا والاتفاق في خلف الأعلى كونه مقصودًا، والخلاف في الأدنى كونه لا يقصد غالبًا، ولم يصرحوا في هذه الأمور بأن العبد فيها كالأمة، والظاهر التسوية بينهما، ولا شك فيها في بعضها.

قال: **(لَا لَطْخُ ثَوْبِهِ تَخْيِيلًا لِكِتَابَتِهِ فِي الْأَصَحِّ)** لتقصير المشتري بعدم امتحانه والسؤال عنه، والثاني: نعم للتلبيس والتدليس ويجري الوجهان في الثانية ثوب الكنية وتسويد أنامله وإلباسه ثياب الجبارين ونحوهم، وعلف البهيمة حتى ينتفخ بطنها فيخيل حبلها، وإرسال الزنبور على ضرعها لينتفخ فيخيل أن فيه لبنا أو كثرة لبنها ولا أثر لنقطة مداد على ثوبه قطعًا، وأجرى الْمُتَوَلِّي الوجهين فيما لو ألبسه ثوب الأتراك ليظن المشتري أن المملوك تركي وكان روميًا مثلًا، وعن الشيخ أبي حامد أنه يرد بظن الحمل لا الكتابة، ووجه مقابلة أن امتلاء بطنها ليس إليه بل إلى الله تعالى وبالله التوفيق وأسأله الإعانة.

قال الشارح: **(فَإِنْ تَلِفَ)** أي: بآفةٍ سماوية.

(انْفَسَخَ الْبَيْعُ وَسَقَطَ الثَّمَنُ)؛ لأنه قبض مستحق بالبيع فإن تعذر انفسخ البيع كما لو تفرقا في الصرف ونحوه قبل التقابض.

واعلم أنه ليس المراد هنا بالسقوط التخصيص بما في الذمة كما هو

....

المستعمل إذ لا فرق في الحكم بين الثمن المعين وما في الذمة، قبضه البائع أم لا؛ بل المراد انقلاب الملك فيه إلى المشتري كما ينقلب ملك المبيع إلى البائع، وهل يقدر ذلك قبل التلف أو يرتفع العقد من أصله؟ وجهان أصحهما أولهما ويشهد لمقابلة إلحاقه بالصرف، وقول الشَّافِعِي: كانا في معنى من لم يبع.

وحقيقة هذا الوجه كما قال الإمام: أنا نتبين بالأجرة ألا عقد، وهما مفرعان على كون الرد يرفع العقد من حينه، فإن قلنا من أصله فهنا أولى، وعليهما تخرج الزوائد الحادثة في يد البائع والأصح أنها للمشتري، ويتصرف فيها قبل القبض، وتكون أمانة في يد البائع، ولو هلكت والأصل بحاله فلا خيار وليس للبائع حبسها، وفي معنى الزوائد وكان يجده للعبد وما يحصل بيده منقول هبة أو وصية، كذا قاله الرَّافِعِي، وقال غيره: إن ذلك يكون للمشتري قطعًا وعلى الوجهين مؤنة تجهيز العبد ودفنه وما أشبه ذلك على البائع.

فائدات: الأولى: ذكر القاضي الحسين للانفساخ علتين: إحداهما: تعذر التسليم، والثانية: وقوع الناس عنه وبني عليهما الخلاف في اختلاط الثمار وغيرها كاختلاط العصفور بعصافير، وانسياب الحب على غيره، ومسائل أخر منها: لو وقعت الدرة المبيعة في البحر انفسخ للمعنيين، أو في واحد فوجهان، ولو أبق العبد لم ينفسخ على الصحيح فيهما، أو حيوانًا وتمكن تخرجه على المعنيين.

وكذا لو ذهب في نهب أو غارة، وذكر غيره أن في معنى التلف عرف الأرض أو وقوع صخرة عليها لا يمكن رفعها على الصحيح فيهما، أو حيوانًا لم يألف ذهابًا وإيابًا كالطير والصيد المتوحش فيطير أو ينقلب، وانقلاب العصير خمرًا كالتلف في الأصح، وإن عاد خلًا وقضية كلام الروضة في كتاب «الرهن»: أن الأصح أنا نتبين أن البيع لم يبطل ولكن للمشتري الخيار.

الثانية: دعوى العبد الحرية قبل قبضه إذا صدقناه وحكم بحريته، قال ابن الرِّفْعَة: كالتالف فيما يظنه ولو كان بعد القبض، قال القاضي الحسين: لم يرجع المشتري على البائع بالثمن لتفريطه بعدم السؤال عند الشراء بقوله: أنت

....

عبد أم لا؟ فلو تذرع منه ببينة رجع بالثمن لأنها حجة قوية تبطل كل يد، واليمين حجة ضعيفة لا تبطل اليد، انتهى.

وتبعه صاحبه القاضي الإمام أبو الحسن السبكي في شرحي «المهذب» و«المنهاج» وهو عجب منهما، والمذهب خلاف ما قاله القاضي، فأقول: إذا ادعى البالغ العاقل حرية الأصل صدق بيمينه سواء سبق ذلك استخدام المدعي وتسلطه عليه أم لا، سواء تداولته الأيدي وجرى عليه البيع مرارًا أم لا، هذا ما جزم به كثيرون ومنهم الرَّافِعِي، وقال شُرَيْح الرُّويَانِيّ: قبل قوله لأن الأصل الحرية، وقال بعض أصحابنا: إن المذهب أن القول قول ذي اليد ثم إن كان قد اشتراه من غيره وحلف على نفي رقه فهل يرجع المشتري على بائعه بالثمن؟ قال الرَّافِعِي في «الدعاوى»: أطلق ابن الحداد أنه لا يرجع عليه به.

وفصل أكثرهم فقالوا: إن لم يصرح في منازعته بأنه رقيق فيرجع كما لو أقام بينة على الحرية؛ لأنه لم يؤخذ منه ما يبطل الرجوع، وإن صرح بذلك فعلى وجهين يعني: فإذا نازع المشتري المستحق وصرح بأنه ملك بائعه أو ملك نفسه، وأصحهما الرجوع أيضًا مهما قال ذلك على رسم الخصومة واعتماد ظاهر اليد، وقال ابن الرِّفْعَة: هناك ما أطلقه ابن الحداد هو ما أورده القاضي أبو الطيب في شرح الفروع، والقاضي الحسين في باب الإقرار للوارث وعلله بما سبق، ثم حكى عن الأكثرين ما مر، ثم قال: ولو ثبتت حريته بيمينه بعد نكول المشتري فيظهر أن يقال: لا يرجع، وإن قلنا: يرجع في الحالة السابقة، انتهى.

ولفظ «الفروع»: فيما رأيته ولو أن رجلًا ابتاع جارية وقبضها فادعت على المشتري يقول: هي أمتي؛ حلفت وصارت غير مملوكة في الحكم ولم يرجع المشتري على البائع بشيء؛ لأنه لم يثبت ما يود الرجوع بالثمن والمشتري بأنها أمة، فقال الْقَفَّالُ في «شرحه»: هذا صحيح إلى أن قال: فإذا حلفت فقولها: لا يقبل على البائع وهو يقول: هذه كاذبة ظالمة خاصة بعد إقرار المشتري بالملك للبائع وإقراره بالملك للبائع قوله: اشتريتها منك، انتهى.

وَلَوْ أَبْرَأَهُ الْمُشْتَرِي عَنِ الضَّمَانِ لَمْ يَبْرَأْ فِي الْأَظْهَرِ وَلَمْ يَتَغَيَّرِ الْحُكْمُ.

وحينئذٍ في كون ابن الحداد أطلق ولفظه ما منعناه نظر نعم كلام الْقَفَّال يفهم عدم الفرق، والحاصل أن الْقَفَّال وأتباعه خلا الْبَغَوِي على أنه لا يرجع إذا حلفت، والجمهور قالوا: يرجع إن لم يدع ملكًا، وكذا إن ادعاه على الأصح.

فروع: لو ادعى البائع هلاك المبيع صدق بيمينه على الصحيح كالغاصب، قاله: الرُّويَانِيّ، وكان الغرض فيما إذا لم يذكر السبب أو ذكر سببًا خفيًّا، أما لو ذكر سببًا ظاهرًا فالظاهر أنه لا يصدق إلا بعد إقامة البينة على أصل السبب إلا أن يعلم عمومه كالمودع وأولى لو جحد البائع المبيع فللمشتري الفسخ لإسقاط الثمن عن نفسه قاله الْبَغَوِي وغيره.

أطلق الشيخ أبو حامد وغيره الانفساخ قبل القبض سواء كان قد عرضه على المشتري فلم يقبل أم لا، ولعل المراد ما إذا استمر بيد البائع، أما لو أحضره ووضعه بين يدي المشتري فلم يقبله فالأصح عند الشخصين وغيرهما حصول القبض، وحكى الغزالي الوجهين، وقال في موضع: إنه إذا امتنع ولم يقبض فتلف بيد البائع ومن ضمانه وصوره ابن الرِّفْعَة بما إذا كان المبيع والعقد بمكان لا يختص بأحدهما فطالب المشتري بنقله فامتنع، وقال: إنه لا خلاف فيه.

واعلم أن مفهوم قول المصنف قبل قبضه يقتضي أنه إذا تلف بعد قبضه أن المبيع لا يكون من ضمان البائع وأن العقد لا ينفسخ، وهو كذلك إذا قبضه عن جهة الشراء حيث يجوز له لا مطلقًا كما أشرنا إليه في الباب قبله.

وقال الماوردي: تلفه بعد القبض وقبل التفرق يوجب الانفساخ لوجوده قبل لزوم العقد، قال: ويضمنه للمشتري بالقيمة؛ لأنه ضمان يد والمشهور خلاف قوله.

قال: **(وَلَوْ أَبْرَأَهُ الْمُشْتَرِي)** أي: لنفسه.

(عَنْ الضَّمَانِ لَمْ يَبْرَأْ فِي الْأَظْهَرِ وَلَمْ يَتَغَيَّر الْحُكْمُ) لأنه أبرأ عما لم يجب بعد، والثاني: يبرأ لوجود السبب، وقوله ولم يتغير الحكم تأكيد لا يضر طرحه، وقد أطلق الْبَغَوِي وغيره القولين.

وَإِتْلَافُ الْمُشْتَرِي قَبْضٌ إنْ عَلِمَ، ....

ونجيب: بأن اشتراط القبض في الربويات لا يسقط بذلك لحق الله تعالى وليتحقق عدم الربا فلا يتمكنا من إسقاطه قطعًا.

قال: **(وَإِتْلَافُ الْمُشْتَرِي)** أي: لنفسه.

(قَبْضٌ إنْ عَلِمَ) كما لو أتلف المغصوب في يد الغاصب، وكذلك حكم إيلاده وإعتاقه ووقفه إن نفَّزناهم، وقيل: إتلافه ليس نقص وعليه قيمته للبائع ويسترد الثمن وسلف من ضمان البائع كذا نقله الرَّافِعِي، وعلى الإمام في باب الرهن والحمل عن صاحب التقريب أن القيمة تجعل محبوسة ولا ينفسخ البيع، فإذا أدى الثمن ترجع القيمة إليه.

قلت: وعلى المذهب يستثنى صور: منها: لو قتله دفعًا لعياله لم يكن قبضًا على الأصح في «الروضة»، ومنها: لو قتله المشتري بالردة وكان هو الإمام أو ما دونه لم يكن قبضًا وينفسخ البيع، وإن كان غيرهما استقر العقد وإن قتله للردة؛ لأنه ليس إليه وفيه بحث، ومنها: لو قتله قصاصًا قال ابن الرِّفْعَة يظهر أنه كالأجنبي فيكون كالآفة وليكون الحق له خلاف المرتد، انتهى.

وقضيته أنه لو كان القصاص لغيره كان المشتري الإمام ونحوه فقتله لحق المقبض بشرطه أن يكون كقتله المرتد للردة سواء.

فروع: أعجمي أو صبي لا يميز بأمر المشتري أو البائع كإتلافهما وإتلاف المميز بأمرهما كإتلاف الأجنبي، وكان هذا فيما إذا لم يكن العقد للمتلف كما سيأتي عن القاضي، وقال الْمُتَوَلِّي: جناية الأجنبي بإذن المشتري كجناية المشتري؛ لأنه يجوز توكيله في القبض.

قلت: الجواب الثاني لشيخه القاضي.

قال: وجناية البائع بإذن المشتري فهي بغير إذنه؛ لأنه لا يصلح توكله وهذا أحسن؛ لكن لو كان الإتلاف محرمًا ففيه نظر لعدم صحة التوكيل، والمنع من الإقدام على الفعل فيكون كالأجنبي، وذكر القاضي الحسين وغيره في كتاب «الجنايات»: أنه لو اشترى قيم الطفل عبدًا له فتبادر الطفل وقتله قبل القبض صار

وَإِلَّا فَقَوْلَانِ: كَأَكْلِ الْمَالِكِ طَعَامَهُ الْمَغْصُوبَ ضَيْفًا، وَالْمَذْهَبُ أَنَّ إِتْلَافَ الْبَائِعِ كَتَلَفِهِ،

قابضًا، وفي «فتاوى» الْقَفَّال أن إتلاف عبد البائع كالأجنبي، وكذا عبد المشتري بغير إذنه، فإن أجاز جعل قابضًا وأنه لو كان المبيع علفًا فاعتلفه حمار المشتري نهارًا انفسخ البيع، أو ليلًا فلا، وللمشتري الخيار، فإن أجاز فقابض وإلا طالبه البائع ببدل ما أتلفه حماره، وأطلق القول بأن إتلاف بهيمة البائع كإتلافه فقيل: هلا فرقت بين الليل والنهار، فقال: هذا موضع فكر، انتهى.

يعني تروي للفقيه في تدبر الفرق، فإن إتلاف البائع عنده كالآفة، فإن كان بتفريط منه فإتلاف وإلا فإلحاقه أولى، فقال ابن الرِّفْعَة: هذا إذا لم يكن مالكها معها فإن كان فالتلف منسوب إليه ليلًا ونهارًا وما قاله صحيح وإن كان معها غيره فالإتلاف منسوب إلى ذلك الغير.

قال: **(وَإِلَّا)** أي: وإن لم يعلم.

(فَقَوْلَانِ: كَأَكْلِ الْمَالِكِ طَعَامَهُ الْمَغْصُوبَ ضَيْفًا) وقضية البناء جعله قابضًا على الأظهر، والثاني: يكون كإتلاف البائع إن قدمه البائع وإن قدمه أجنبي بغير إذنه، قيل: فينبغي أن يكون كإتلاف الأجنبي وفيه نظر للمباشرة، وإن لم يقدمه أحد فهل هو كالآفة أو يصير قابضًا؟ فيه نظر الأقرب الثاني؛ بل هو الظاهر والمنقول إنما هو في تقديم البائع الطعام إلى المشتري وعليه يحمل كلام الكتاب.

فرع: لا يصير قابضًا بوطء الأمة كما لا يصير الزاني بها عاصيًا قاله الْمُتَوَلِّي، وقيده الماوردي بأن تكون حين الوطء في يد البائع، أما لو وطئ مع رفع يد البائع فقابض فإن تم العقد فذاك، وإن انفسخ بموتها قبل القبض فلا مهر عليه.

قال: **(وَالْمَذْهَبُ أَنَّ إِتْلَافَ الْبَائِعِ كَتَلَفِهِ)** أي: بآفةٍ سماوية فينفسخ؛ لأن المبيع مضمون عليه بالثمن، فإذا أتلفه سقط الثمن بخلاف الأجنبي، وظاهر كلام الكتاب ترجيح القطع بذلك، وهي طريقة نسبها في «المهذب» إلى الأكثرين، وصححها في «التنبيه».

وقيل: فيه قولان، وصححها الرَّافِعِي وتبعه في «الروضة» أظهرهما

وَالْأَظْهَرُ أَنَّ إِتْلَافَ الْأَجْنَبِيِّ لَا يَفْسَخُ، ....

ينفسخ، وثانيهما أنه كإتلاف الأجنبي فيتخير المشتري، وصححه الرَّافِعِي في أوائل الصداق من شرحه الصغير؛ لأنه خان على ملك غيره كالأجنبي. وحكى طريقة ثالثة أنه لا ينفسخ قطعًا وسبق بيان حكم إتلاف عبد البائع ومأموره.

ولو طالبه به المشتري فامتنع متعديًا ثم تلف فكإتلافه، قاله القاضي الحسين، وللإمام فيه احتمال ولو باعه وسلمه وعجز عنه فكجنايته ويصدق في العجز بيمينه، وفي «إشراف» الهروي: أنه يحبس حتى يقيم البينة، فعلى الأول لو نكل حلف المشتري أنه قادر ويحبس إلى البينة أو التسليم كذا قالاه، وعلى الثاني قال الهروي: إذا ادعى على المشتري.

قال ابن القَاص: يحلف على البت، وقال سائر أصحابنا على نفي العلم، ولو ادعى المشتري الأول على الثاني علمه بالحال، فإن حلف فذاك، وإن نكل حلف وأخذه منه.

فرع: إذا استعمل البائع المبيع قبل القبض فلا أجرة عليه، وإن قلنا إتلافه كالآفة وإلا فعليه الأجرة، وهذا البناء ذكره الْقَفَّالُ، ونزل عليه إطلاق الأصحاب القول بالوجوب وعدمه، وممن ذكر هذا البناء الغزالي في كتاب «الصداق»، وذكر في «الفتاوى» أن الصحيح أنه يضمن الأجرة إذا أمسك المبيع بعد تسلم الثمن مدة لها أجرة، قال ابن الرِّفْعَة: ومقتضى ذلك أن يقول به عند الانتفاع من طريق الأولى، انتهى.

وعبارة الغزالي تشعر بأن ذلك فيما إذا امتنع فإنه قال: الصحيح أنه لا يضمن؛ لأنه حدث على ملك المشتري وضاع بعدوان البائع، انتهى.

لكن الانتفاع عدوان وإن لم يحصل امتناع، وفي النفس من البناء المذكور ترجيح الأعذار شيء؛ لأن المنافع حادثة من ملك المشتري بغير معقود عليها ولا مقابلة بالثمن فكيف لا يضمنها؟ وقد سبق أن الزوائد الحادثة في يده أمانة، وأنه ليس له حبسها للثمن، فكيف لا يضمن المنافع باستيفائها عدوانًا؟.

قال: (وَالْأَظْهَرُ أَنَّ إِتْلَافَ الْأَجْنَبِيِّ لَا يَفْسَخُ) لقيام البدل مقام المبيع.

بَلْ يَتَخَيَّرُ الْمُشْتَرِي بَيْنَ أَنْ يُجِيزَ وَيَغْرَمُ الْأَجْنَبِيُّ أَو يَفْسَخَ فَيَغْرَمُ الْبَائِعُ الْأَجْنَبِيُّ.

(بَلْ يَتَخَيَّرُ الْمُشْتَرِي بَيْنَ أَنْ يُجِيزَ وَيَغْرَمُ الْأَجْنَبِيُّ أَو يَفْسَخَ فَيَغْرَمُ الْبَائِعُ الْأَجْنَبِيُّ) نص عليه في الصلح نصًا لا يحتمل التأويل.

وفي «الْبُوَيْطِي» أيضًا، والثاني: ينفسخ وصححه القاضي أبو الطيب.

وقال الْمُتَوَلِّي: إنه ظاهر المذهب، وقال ابن سُرَيْج: لا ينفسخ قطعًا، وحكاها الإمام عن المراوزة، وعكس الغزالي عن المراوزة قولين: عن العراقيين القطع بالمنع وهو مبتعد التفريع إن قلنا: بالانفساخ فيقدر قبل التلف، وإن قلنا: بالخيار فاختار الفسخ وقلنا: يرتفع من حينه فمقتضاه أنه تلف على ملك المشتري وتكون القيمة وجبت له، ثم أنت **قلت**: بالفسخ إلى البائع وإذا كان عبدًا والحالة هذه فمؤنة تجهيزه ودفنه على المشتري على الأصح هذا مقتضى التفريع، ولم أره نقلًا، قال بعض الشارحين: والمتبادر من كلامهم أنه إنما تلف على ملك البائع، وإن أجاز ثم إجبار الفسخ، قال الْقَفَّالُ: له ذلك وناظر عليه في «الفتاوى».

وقال القاضي الحسين وغيره: لا لأنه رضي بذمة الأجنبي فأشبه الحوالة وإذا أبقينا العقد فهل للبائع حبس القيمة لأخذ الثمن؟ وجهان أصحهما لا كالمشتري إذا أتلف المبيع لا يغرم القيمة ليحبسها البائع.

والثاني: نعم وإليه ذهب الْقَفَّالُ والقاضي الحسين حتى لو أفلس المشتري كان البائع أحق بها كالرهن، وعلى هذا قالا: لكل من البائع والمشتري مطالبة الأجنبي بالقيمة كما للراهن والمرتهن، وفي كلام الإمام شيء منه؛ لكن الأصح أن المطالبة ببدل الراهن فقط وقياسه ألا يملك البائع هنا المطالبة عند الإجارة وهو مقتضى كلام الماوردي، وصرح به في مسألة التغييب وهو الأصح والأقرب إلى كلام الكتاب.

تنبيه: على التخيير إذا أتلفه الأجنبي بغير حق فإن أتلفه بحق لقود فكالآفة قطعًا وكذا ينبغي أن يكون قتل الإمام ونحوه له قصاصًا أو بحرابة أو قتله أجنبي دفعًا لصولته، كما جزم به الشيخ في «الروضة» هناك، وهو مقتضى قولهم فإن أتلفه بحق فكالآفة ولينظر فيما لو أكله مضطرًا أو مكرهًا، والظاهر أنه

وَلَوْ تَعَيَّبَ قَبْلَ الْقَبْضِ فَرَضِيَهُ أَخَذَهُ بِكُلِّ الثَّمَنِ، وَلَوْ عَيَّبَهُ الْمُشْتَرِي فَلَا خِيَارَ أَوِ الْأَجْنَبِيُّ فَالْخِيَارُ، فَإِنْ أَجَازَ غَرِمَ الْأَجْنَبِيُّ الْأَرْشَ، ....

كالمختار، وسيق بيان حكم جنايته بإذن المشتري، ويجب أيضًا أن يكون محل التخيير في غير الصرف ونحوه فإن التقابض لم يوجد وهو شرط للصحة، وكذا كل موضع لا يضمنه الأجنبي بالإتلاف كالمرتد وتارك الصلاة والقاتل الحرابة وغير ذلك ويكون إتلافه كالآفة السماوية فينفسخ البيع.

قال: (**وَلَوْ تَعَيَّبَ قَبْلَ الْقَبْضِ**) أي: بآفة سماوية.

(**فَرَضِيَهُ أَخَذَهُ بِكُلِّ الثَّمَنِ**) كما لو كان مقارنًا للعقد ولا أرش له مع القدرة على الفسخ، وإن فسخ رجع بكل الثمن واتفقوا على أن التغيب مجبر وفي كلام الشَّافِعِي ما يقتضي أن التغيب الحادث بعد انقضاء الخيار لا أثر له ولا بد من تأويله، واتفقوا على أن اليد وصف إذا تلفت بآفة كأكله ونحوها وفي «مختصر الْبُوَيْطِي» حكاية قول: أنه يأخذه ويسقط عنه ما نقص بحصته من الثمن.

قال: (**وَلَوْ عَيَّبَهُ الْمُشْتَرِي**) أي: تغييبًا يضمن لا لدفع وغيره كما سبق وغيره (**فَلَا خِيَارَ**) أي: على الصحيح المشهور بحصوله بفعله بل يمتنع الرد بعيب قديم وإطلاق الوسيط يقتضي ثبوته، وهنا قياس الحول بأن إتلافه ليس بقبض وبه جزم الْمُتَوَلِّي على المشهور، يجعل قابضًا بعد المبيع فإذا قطع يده مثلًا استقر عليه ضمانه، فإن مات العبد قبل الاندمال في يد البائع بذلك فكإتلاف المشتري، وإن مات بعد الاندمال ضمن اليد بجزء من الثمن، وفي معياره وجهان أصحهما يقوم صحيحًا بثلاثين مثلًا، ثم مقطوعًا بخمسة عشر فعليه نصف الثمن، ولو قوم مقطوعًا بعشرين فثلث الثمن، والثاني: يستقر من الثمن بنسبة أرش اليد من القيمة وهو النصف، وعلى هذا لو قطع يديه واندملتا ثم مات بيد البائع لزم المشتري تمام الثمن.

قلت: (**أَوِ الْأَجْنَبِيُّ فَالْخِيَارُ**) لكونه مضمونًا على البائع.

(**فَإِنْ أَجَازَ غَرِمَ الْأَجْنَبِيُّ الْأَرْشَ**) قال الماوردي: وإنما يغرمه إذا قبض العين أما قبله فلا لجواز تلفه بيد البائع فينفسخ البيع، وكلام القاضي الحسين

وَلَوْ عَيَّبَهُ الْبَائِعُ فَالْمَذْهَبُ ثُبُوتُ الْخِيَارِ لَا التَّغْرِيمِ، وَلَا يَصِحُّ بَيْعُ الْمَبِيعِ قَبْلَ قَبْضِهِ،

والإمام ينازع فيه، ويأتي ما سبق في حق الحبس، ثم الذي يغرمه الأجنبي في قطع يد العبد نصف القيمة على المشهور وما نقص من القيمة في الثاني كغيره، وهما جاريان في جراح العبد مطلقًا، هكذا أطلقاه هنا ويجب أن يكون محله إذا كانت الجناية عليه مع كونه بيد البائع، أما لو رفعها وصار عاصيًا فيلزمه على الجديد الصحيح أكثر الأمرين من نصف قيمته والأرش، فإذا نقص بقطع يده ثلثا القيمة وجب ثلثاها على القولين فأعلمه ولو كان القاطع ابن المشتري فمات قبل أن يختار وورثه الابن فهل له الخيار؟ فيه احتمالان للروياني فإن صح أن له الخيار فاختار فأجاز لم يغرم شيئًا؛ لأنه لا يجب له على نفسه وإن فسخ فعليه ما على الأجنبي.

قال: **(وَلَوْ عَيَّبَهُ الْبَائِعُ فَالْمَذْهَبُ ثُبُوتُ الْخِيَارِ لَا التَّغْرِيمِ)** أما الخيار فلا خلاف في ثبوته؛ لأن فعله كالآفة أو كفعل الأجنبي، وكلاهما مثبت للخيار قطعًا، فإنما الخلاف في التغريم والمذهب أنه لا يثبت بناءً على أن جنايته كالآفة وإن جعلناه كالأجنبي فتفريعه كما سبق.

فإن أوجبنا في اليد نصف القيمة ففي اليدين كمالها، وفي قطع الرجلين معهما قيمتان إن قطعت معًا وإلا فقيمة عبد سليم وقيمة عبد مقطوع.

إشارة: بأن لك أن الأرش المأخوذ هنا من البائع والأجنبي ليس منسوبًا من الثمن بخلاف الأرش المأخوذ من المشتري ومن البائع فيما سبق، وإنا إذا جعلنا البائع كالأجنبي وخيرنا كان في ضمان الكل والجزء كالأجنبي سواء.

قال: **(وَلَا يَصِحُّ بَيْعُ الْمَبِيعِ قَبْلَ قَبْضِهِ)** أي: عقار كان أو غيره أذن البائع فيه أم لا، أي: أدى الثمن أم لا لحديث حكيم بن حزام قال: «**قلت: يا رسول الله إني أبتاع هذه البيوع فما يحل لي منها وما يحرم عليَّ؟ قال: يا ابن أخي لا تبيعنَّ شيئًا حتى تقبضه**»[١] قال البيهقي: إسناده حسنٌ متصل.

(١) أخرجه الطبراني (٣/ ١٩٦، رقم ٣١٠٨). والبيهقي (٥/ ٣١٣، رقم ١٠٤٦٦) وقال: هذا إسناد حسن متصل.

....

وفي روايةٍ لأحمد: «**إذا اشتريت شيئًا فلا تبعه حتى تقبضه**»(١).

وروى أبو داود بسندٍ فيه ابن إسحاق أنه ﷺ «**نهى أن تباع السلعة حيث تبتاع حتى يحوزها التجار إلى رحالهم**»(٢).

وعن جابر برفعه: «**إذا ابتعت طعامًا، فلا تبعه حتى تستوفيه**»(٣) رواه مسلم، وله عن أبي هريرة نحوه، وفي لفظٍ له: «**من اشترى طعامًا فلا يبعه حتى يكتاله**»(٤). وفي الصحيحين عن ابن عباس -رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا- أنه ﷺ قال: «**من ابتاع طعامًا فلا يبعه حتى يستوفيه**»(٥).

قال ابن عباس رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا: ولا أحسب كل شيء إلا مثله، وفي لفظٍ لهما: «**من ابتاع طعامًا ولا يبعه حتى يكتاله**»(٦) وللبخاري عنه.

أما الذي نهى عنه رسول الله ﷺ فهو الطعام أن يباع حتى يقبض ولا أحسب كل شيء إلا مثله. ولهما عن ابن عمر رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا: «**رأيت الناس يضربون على عهد رسول الله ﷺ إذا اشتروا طعامًا جزافًا أن يبيعوه حتى ينقله إلى رحله**»(٧).

وغير ما ذكرنا من الأحاديث. وأجمعوا على أن منعه في الطعام.

لنا: القياس عليه مع إطلاق بعض الأحاديث وذكر الأصحاب له معنيين:

أحدهما: ضعف الملك لتعرضه للانفساخ بتلفه.

والثاني: توالي الضمان، ومعناه أنا لو نفذنا البيع لكان مضمونًا عليه للمشتري الثاني ومضمونًا له على ما معه، وقد سلف قبل القبض فتعذر انقلابه

---

(١) أخرجه أحمد (٣/ ٤٠٢، رقم ١٥٣٥١)، والبيهقي (٥/ ٣١٣، رقم ١٠٤٦٦)، وقال: هذا إسناد حسن متصل. وابن الجارود (ص ١٥٤، رقم ٦٠٢)، وابن حبان (١١/ ٣٥٨، رقم ٤٩٨٣).

(٢) أخرجه أبو داود (٣٥٠١).

(٣) أخرجه مسلم (٣/ ١١٦٢، رقم ١٥٢٩)و أبو عوانة (٣/ ٢٧٩، رقم ٤٩٦٥)، والبيهقي (٥/ ٣١٢، رقم ١٠٤٥٨).

(٤) أخرجه مسلم (٣٩١٦).

(٥) تقدم تخريجه.

(٦) تقدم تخريجه.

(٧) أخرجه البخاري (٦٨٥٢) ومسلم (٣٩٢٣).

وَالْأَصَحُّ أَنَّ بَيْعَهُ لِلْبَائِعِ كَغَيْرِهِ، وَأَنَّ الْإِجَارَةَ وَالرَّهْنَ وَالْهِبَةَ كَالْبَيْعِ، ....

من ملك المشتري الثاني إلى المشتري الأول، ومنه إلى البائع قبل التلف، ويستحيل ملك شخصين في زمنٍ واحد عن كتاب حرملة أنه يصح البيع قبل القبض إلا ما بيع مكايلةً أو موازنةً، وهو غريب.

وسبق حكم الوقف والعتق وغيرهما، والكتابة كالبيع على الأصح.

ولو اشترى من مورثه ومات البائع مديونًا أو غير مديون وكان المشتري وارثًا جائزًا فإن اليد صارت له شرعًا فله بيعه، وإن لم يكن جائزًا ببيع حصته وكما لا يجوز بيع المبيع قبل قبضه لا يجوز جعله أجرة ولا عوضًا في صلح ولا يجوز التولية ولا الإشراك، وفيهما وجه وإجارة المأجور قبل قبضه كبيع المبيع قبل قبضه.

قال: (**وَالْأَصَحُّ أَنَّ بَيْعَهُ لِلْبَائِعِ كَغَيْرِهِ**) للإطلاقات السابقة، ومراعاة للمعنى الأول، والثاني: يصح بناء على المعنى الثاني، والوجهان فيما إذا باعه بغير جنس الثمن أو بزيادة أو نقص أو تقارب صفة وإلا فهو قاله بلفظ البيع قاله: في «التتمة»، وبناه القاضي الحسين على أن النظر لصنع العقود أو لمعاينها إن اعتبرنا اللفظ فعلى الوجهين أو المعنى فهو كما قاله، ورأيت في أشراف الهروي في فصل أن العبرة باللفظ أو المعنى البيع من البائع قبل القبض فاسد في وجه، وفسخ في وجه، وعبارة شُرَيْح الرُّويَانِيّ هناك فإذا باع المشتري المبيع قبل القبض من البائع ففيه وجهان حكاهما العبادي: أحدهما أنه فسخ، والثاني بيع فاسد.

قال: (**وَأَنَّ الْإِجَارَةَ وَالرَّهْنَ وَالْهِبَةَ كَالْبَيْعِ**) تفريعًا على أن العلة ضعف الملك، والثاني يصح تفريعًا على أن العلة توالي الضمانين، ونسب الرَّافِعِي المنع إلى عامة الأصحاب، وجزم الغزالي بالصحة، ونقله الشيخ أبو محمد في الفرق عن نص الشَّافِعِي مقتصرًا عليه، وجعل الماوردي الخلاف في الهبة قولين: وبناهما على لزوم المكافأة، وقصة البناء ترجيح الصحة فيها، وجزم الإمام فيها بالصحة بعد إيفاء الثمن وجعل الخلاف قبله، وأشار إلى وجه ثالث في الإجارة فارق بين أن يكون للبائع حق الحبس فلا يصح أولًا فيصح، وهو ما أورده الماوردي، ومنهم من قطع فيها بالمنع، وصححه الْمُتَوَلِّي، وجزم

....

الماوردي في الرهن بالمنع إذا كان محبوسًا بالثمن، وجعل الخلاف فيما إذا لم يكن للبائع حق الحبس، وعكسه القاضي الحسين، والإمام فصححاه بعد أداء الثمن وجعلا الخلاف قبله هكذا نقل هذه الجملة ابن الرِّفْعَة، والإقراض والصدقة كالهبة والرهن فيهما الخلاف ويصح التزويج، وقيل: لا، وقيل: إن لم يكن للبائع حق الحبس صح وإلا فلا.

تنبيهات: **الأول**: اعلم أن قوة كلام «المنهاج» وأصله «والروضة» وأصلها يفهم ألا تصح إجارة المأجور للمؤجر قبل قبضه كما هو الأصح في إجارته لغيره، وقال الرَّافِعِي: هناك تفريعًا عليه فعلى هذا في إجارته للمؤجر وجهان كبيع المبيع قبل قبضه، قال المصنف: **قلت**: الأصح صحة إجارته للمؤجر، والله أعلم.

الثاني: لا يلزم البائع إن سلم قبل القبض في التصرفات المذكورة، وفائدة التصحيح أنه إذا قبض الثمن لم يحتج المشتري إلى تجديد عقد الرهن والهبة، وإنما يحتاج إلى أن يقبض من البائع ثم يقبضه من المتهب والمرتهن، فلو أذن لهما في ذلك، قال الْبَغَوِي: يصح، وقال الماوردي: لا يكفي ذلك للمبيع وما بعده؛ ولكن إن قصد القابض قبضه للمشتري صح القبض للبيع، ولا بد من استئناف قبض الهبة، ولا يجوز أن يأذن له في قبضه من نفسه لنفسه، وإن قصد قبضه لنفسه لم يحصل القبض للبيع ولا للهبة، فإن قبضها يجب أن يتأخر عن تمام البيع هكذا ذكر الرَّافِعِي هذين النقلين بلا زيادة.

ويتعين أن يقال: إن قصد المتهب أو المرتهن قبضه لنفسه لم يصح، أو للمشتري صح المبيع كما لو صرح له به، فإن أذن له في قبضه كما لو وهبه أو رهنه شيئًا في يده وأذن له في قبضه.

الثالث: ما سبق أن رهن المبيع قبل القبض لا يصح هو فيما إذا رهنه من غير البائع أما لو رهنه منه فإن كان بالثمن ثبت له حق الحبس لم يجز في الأصح، وإلا فيجوز على الأصح المنصوص، وينبغي أن تكون الهبة كالرهن إذا وفر الثمن أو كان مؤجلًا.

وَأَنَّ الْإِعْتَاقَ بِخِلَافِهِ، ....

وقال الشَّاشِي: وإن رهن المبيع قبل القبض وبعد نفاد الثمن ففي صحة الرهن قولان: أصحهما أنه يصح، وظاهر كلام الشيخين هنا يصحح المنع مطلقًا، فإن الرَّافِعِي ذكر أن أصح الوجهين أو القولين عند عامة الأصحاب المنع، ثم قال: وقطع بعضهم بمنع الرهن إذا كان محبوسًا بالثمن، ونقل صاحب «التعجيز» في شرحه «للوجيز» في الرهن والهبة وجوهًا وهي خارجة مما قدمناه أو أكثرها، ثالثها: إن كان دفع الثمن لم يصحا، رابعها: أنه تصح الهبة دون الرهن، خامسها: وعليه اقتصر الجرجاني أنه لا تصح الهبة ويصح الرهن.

قال ابن يونس: ولا وجه للتردد في الهبة، وقد صح أن ابن عمر -رضي الله عنهما- كان عَلَى بَكْرٍ صَعْبٍ لِعُمَرَ فَكَانَ يَغْلِبُنِي فَيَتَقَدَّم على الناس، فقال رسول الله ﷺ **«لِعُمَرَ بِعْنِيهِ قَالَ: هُوَ لَكَ يَا رَسُولَ الله، إلى أن قال: فقال ﷺ: هو لك يا ابن عمر»**[1] أي: فوهبه له بعد شرائه وقبل قبضه، وحديث بعير جابر المشهور شاهد للصحة، والجواب عنه عسر.

الرابع: تصرفه في زوائد المبيع قبل القبض، إن قلنا: بعودها للبائع لو عرض فسخ لم يجز، وإلا فيجوز ولو كانت حاملًا عند البيع وولدت قبل القبض، إن قلنا: يقابله قسط من الثمن لم يتصرف فيه، وإلا فكالحادث بعهد البيع.

الخامس: جعل الماوردي التصرفات أربعة: أحدها: ينفذ ويكون قبضًا، وهو العتق والوقف والصدقة والإباحة، والثاني: ينفذ ولا يكون قبضًا وهي التدبير، والوصية، والتزويج، والثالث: لا ينفذ وهي المعاوضات، والرابع: مختلف فيه وهي الكتابة، والرهن، والهبة، وجعل الخلاف في الرهن بعد أداء الثمن، أما قبله فلا يصح لأنه مرهون بثمنه.

قال: **(وَأَنَّ الْإِعْتَاقَ بِخِلَافِهِ)** أي: فيصح، ونقل ابن المنذر الإجماع عليه وسواء كان للبائع حق الحبس أم لا لقوته وضعف الحبس، والثاني: لا يصح كالبيع، والثالث: إن لم يكن له حق الحبس لتأجيل الثمن أو أدائه صح وإلا

(١) أخرجه البخاري (٢١١٥) ومسلم (٤١٨٥).

وَالثَّمَنَ الْمُعَيَّنَ كَالْمَبِيعِ فَلَا يَبِيعُهُ الْبَائِعُ قَبْلَ قَبْضِهِ، ....

فلا، فالوجهان إن سلما عن مصادمة الإجماع لا يخفى وجه، ولا وجه لعدم النفوذ إذا لم يكن له حق الحبس، وقال الجرجاني وغيره قد نفد الثمن أو أذن البائع نفذ، وإلا فعلى أقوال عتق الرهن.

وهذا ما يحكى عن ابن سُرَيْج، وحكى الرَّافِعِي هذه الطريقة وأغفلتها «الروضة»، وألحق الماوردي الوقف بالعتق كما سبق، وصححه الشيخ في«شرح المهذب».

قال: وبناه الْمُتَوَلِّي على افتقاره إلى القبول، إن قلنا: نعم فكالبيع وإلا فكالعتق، قال الماوردي: وكذا إباحة الطعام المشترى جزافًا للفقراء إذا اتصل بذلك قبض الفقراء.

قال: وهي معنى هذا كله استهلاك من جهة المشتري مباح أو غيره، وعد مع الوقف الصدقة أي: إذا قبضت، ولعل هذا إذا كان بإذن البائع، أو حيث لم يكن له حبسه، أو كان ولكن تلف في يد المتصدق عليه وتلف الطعام في يد المساكين وتكون يدهم نائبة عن يد المشتري، وأما بدون ذلك فلا، والاستيلاد كالعتق.

تنبيه: إذا نفذنا تصرفاته حصل القبض بها في العتق والوقف، فإن لم يرجع البائع يده ضمن الوقف بالقيمة دون العتق المنجز، أما المستولدة، فقد صرح الْبَغَوِي وغيره بأن المشتري يصير قابضًا بالاستيلاد.

قال الْبَغَوِي: وكذلك لو استولدها أبوه نفذ وحصل القبض، وحينئذٍ إذا حبسها البائع ضمنها.

وقد أطلقوا الأوجه السابقة في نفوذ العتق ويجب الجزم بأنه إذا اشترى بشرط العتق وصححناه أن ينفذ إذا لم يكن للبائع حق الحبس، فإن كان؛ فوجهان مرتبان وأولى بالنفوذ.

قال: (وَالثَّمَنَ الْمُعَيَّنَ كَالْمَبِيعِ فَلَا يَبِيعُهُ الْبَائِعُ قَبْلَ قَبْضِهِ) أي: لعموم النهي ولتوقع الانفساخ، وكذا كل عين مضمونة في عقد معاوضة كالأجرة وعوض الصلح عن المال والدم وبدل الخلع، وكذا الصداق في الأصح، ولا فرق بين

وَلَهُ بَيْعُ مَالِهِ فِي يَدِ غَيْرِهِ أَمَانَةً كَوَدِيعَةٍ وَمُشْتَرَكٍ وَقِرَاضٍ وَمَرْهُونٍ بَعْدَ انْفِكَاكِهِ وَمَوْرُوثٍ وَبَاقٍ فِي يَدِ وَلِيِّهِ بَعْدَ رُشْدِهِ، ....

النقد وغيره والاستدلال به كبيعه، وفي أسرار القاضي الحسين عن صاحب «التقريب» تجويز التصرف في الثمن المعين قبل قبضه وخطأه.

قال: (**وَلَهُ بَيْعُ مَالِهِ فِي يَدِ غَيْرِهِ أَمَانَةً كَوَدِيعَةٍ وَمُشْتَرَكٍ وَقِرَاضٍ وَمَرْهُونٍ بَعْدَ انْفِكَاكِهِ وَمَوْرُوثٍ**) أي: إلا أن يكون المورث لا يملك بيعه بأن اشتراه مثلًا ولم يقبضه وما في معنى ذلك.

قال: (**وَبَاقٍ فِي يَدِ وَلِيِّهِ بَعْدَ رُشْدِهِ**) لتمام الملك فيهن وقدرته على التسليم، وهكذا المال في يد الوكيل بالبيع، وفي يد المستأجر بعد المدة، وما اكتسبه العبد باحتطاب أو غيره، والموصى له بعد قبوله، وما يطلب يقرره له السلطان من رزقه على الأصح، وله بيع نصيبه المعلوم من الغنيمة إذا حكمنا ثبوت الملك في المعين.

قال الدارمي: وإذا عزل السلطان لفقر سهمه من زكاة وليس في البلد غيره جاز له بيعه قبل قبضه، انتهى.

وللوالد بيع ما رجع في هبته قبل قبضه والثمرة الخارجة من الموقوف قبل أخذها، وصيد أثبته بالرمي أو وقع في شبكته ولم يؤخذ.

قال الْقَفَّالُ: ليس هذا مما يجوز فيه؛ لأنه قبضه حكمًا وإذا تملك الشفيع، قال الْبَغَوِي: له بيعه قبل قبضه، ومنعه الْمُتَوَلِّي وقواه الشيخ في زيادات «الروضة»، وقال في «شرح المهذب»: إنه الأصح وأقوى، كذا قاله الرَّافِعِي هنا ثم قال في كتاب «الشفعة»: إن كان قد سلم الثمن فوجهان: أصحهما المنع كالمشتري، والثاني: الجواز لأنه قهري كالإرث، قال: ولو تملك بالإشهاد أو قضى القاضي أو رضي المشتري بذمته لم ينفذ تصرفه قطعًا، انتهى.

وقوله: كذا قال الرَّافِعِي هنا لم يقل الرَّافِعِي شيئًا هنا وإذا استأجره لصبغ ثوب وسلمه إليه قالا تبعًا للبغوي: ليس له بيعه قبل صبغه وفيه نظر.

وإذا صبغه فله بيعه إن كان دفع الأجرة وإلا فلا، والقصارة كالصبغ إلا إذا

وَكَذَا عَارِيَّةٌ وَمَأْخُوذٌ بِسَوْمٍ. وَلَا يَصِحُّ بَيْعُ الْمُسْلَمِ فِيهِ وَلَا الِاعْتِيَاضُ عَنْهُ، وَالْجَدِيدُ جَوَازُ الِاسْتِبْدَالِ عَنِ الثَّمَنِ، ....

قصر، وقلنا: هي أثر فله البيع قبل دفعه الأجرة، وعلى قياس هذا صنع الذهب ورياضة الدابة ونسج الغزل وبيع ما صار إليه بالقسمة من نصيب شريكه قبل قبضه ينبني على أنه بيع إقرار.

قال: (**وَكَذَا عَارِيَّةٌ وَمَأْخُوذٌ بِسَوْمٍ**) كالمردود بعيب لما سبق، وإن كان ذاك أمانة وهذا مضمون ضمان يد تطلب، وكذا ما رجع إليه بفسخ عقد كالمردود بعيب ورأس مال السلم المفسوخ بتعذر المسلم فيه ومبيع رجع فيه بإفلاس المشتري، وما أشبهه كله يجوز بيعه قبل قبضه، وذكر الدارمي: أنه إذا رجع في المبيع بالفلس، فإن كان في يد المفلس لم يبعه حتى يقبضه، وإن كان في يد الحاكم يجوز، وهو غريب نعم لو فسخ البيع بشرطه لم يكن له بيع السلعة حتى يرد الثمن؛ لأن المشتري حبس المبيع حتى يسترد الثمن نقله الْمُتَوَلِّي عن النص.

وقال الْبَغَوِي: إذا باع عبدًا بثوب وتقايضا ثم رد الثوب بعيب نفذ تصرف كل واحد منهما فيما عاد إلى ملكه قبل قبضه وسبق بيان بيع المغصوب أول البيع.

قال: (**وَلَا يَصِحُّ بَيْعُ الْمُسْلَمِ فِيهِ وَلَا الِاعْتِيَاضُ عَنْهُ**)؛ لأن النهي عن بيع ما لم يقبض كما تقدم تسلمه وإلحاقًا للبيع الثابت قبل القبض، وفيه حديثان ضعيفان وآثار.

قال: (**وَالْجَدِيدُ جَوَازُ الِاسْتِبْدَالِ عَنْ الثَّمَنِ**) أي: الذي في الذمة وقطع به جماعة لحديث ابن عمر -رضي الله عنهما- أنه قال: «**يا رسول الله، إني أبيع الإبل بالدنانير وآخذ الدراهم، وأبيع بالدراهم وآخذ الدنانير، فقال: لا بأس إذا تفرقتما وليس بينكما شيء**»[1] رواه أصحاب السنن الأربعة، وصححه ابن حبان، والحاكم، وقال: إنه على شرط مسلم، وهو رواية سماك انفرد برفعه وسماك لا بأس به، ويفارق السلم بأنه متعرض للانفساخ أو الفسخ بالانقطاع

(١) أخرجه أبو داود (٣٣٥٦) والترمذي (٣/ ٥٤٤) والنسائي (٧/ ٢٨١) وابن ماجه (٢/ ٧٦٠) وابن حبان (١١/ ٢٨٧) والحاكم (٢٢٨٥) والبيهقي (١٠٢٩٣).

....

بخلاف الثمن. وأيضًا المسلم فيه بقصد عينه، والثمن بقصد النية، والقديم المنع؛ لأنه بيع ما لم يقبض، وفي حقيقة الثمن أوجه:

أحدها: النقد وصححه الْعِمْرَانِي والمتولي، وقال: قول عامة أصحابنا وأصحاب أبي حنيفة.

والثاني: ما اتصلت به بالثمنية قاله الْقَفَّالُ، وصححه الْبَغَوِي وأصحها أنه إن كان في العقد نقدًا فالنقد وإلا أو كان العوضان نقدين فما اتصلت به الباء والمثمن مقابلة، وثمرة الخلاف في صور منها لو باع نقدًا بنقد فعلى الأول لا مثمن، أو عرضًا بعرض فلا ثمن، ولو قال: بعتك هذه الدراهم بهذا العبد فعلى الثاني العبد ثمن وعلى الأول.

والثالث: في صحة العقد وجهان كالسلم في النقود، فإن صححنا فالعبد مثمن. ولو قال: بعتك هذا الثوب بعبد وصفه صح، فإن قلنا: الثمن دون الباء فهو العبد ولا يجب تسليم الثوب في المجلس وإلا ففي وجوبه وجهان: السلم؛ لأن معناه إذا عرف هذا فباع بعوض في الذمة مثمنًا، وقلنا: الثمن دون الباء جاز الاستبدال عنه وإلا فلا؛ لأن ما يثبت في الذمة مثمنًا لا يجوز الاستبدال عنه، ولا فرق في الاستبدال عن الثمن بين أن يكون قبض المبيع أو لا، وعن بعضهم أن الخلاف إذا قبضه وإلا لم يجز قطعًا، وفي كلام بعضهم ما يفهم عكسه.

فائدة: إذا باع نقدًا بنقد في الذمة صح خلافًا للعبادي، وقال ابن الرِّفْعَة: إنه يجوز أن يستبدل عن كل منهما إذا قلنا كل منهما ثمن، انتهى.

والظاهر أن هذا سهو ولا يجوز الاستبدال عن شيء منهما؛ لأنه صرف ولا بد من قبض ما عقد عليه ليكون عينًا بعين، وقد صرح الماوردي بأنه لا يجوز الإبراء عنه، وإذا اشترى دينارًا بدراهم، وحصل له على الصيرفي مثله الدراهم، فقال: اجعلها بدلًا عن الثمن لم يجز سواء حصلت قبل التفرق أم بعده هذا هو الصواب وكذا حكم كل الربويات.

تنبيه: ذكر المحاملي والماوردي وابن الصباغ وغيرهم في باب الكتابة،

فَإِنِ اسْتَبْدَلَ مُوَافِقًا فِي عِلَّةِ الرِّبَا كَدَرَاهِمَ عَنْ دَنَانِيرَ أُشْتُرِطَ قَبْضُ الْبَدَلِ فِي الْمَجْلِسِ وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ لَا يُشْتَرَطُ التَّعْيِينُ فِي الْعَقْدِ وَكَذَا الْقَبْضُ فِي الْمَجْلِسِ إِنِ اسْتَبْدَلَ مَا لَا يُوَافِقُ فِي الْعِلَّةِ كَثَوْبٍ عَنْ دَرَاهِمَ.

ونقله الرَّافِعِي عن ابن الصباغ أن الدينيين إذا كانا عرضين من جنسين أو عرضًا ونقدًا، وقبض أحدهما لا يجوز دفعه بدلًا عن العرض إذا كان قد ثبت بعقد فإن ثبت بقرض أو إتلاف جاز، وقضيته أن محل جواز الاعتياض عن الثمن إذا كان نقدًا، وكلام الرَّافِعِي والمصنف هنا مصرح بجريانه في العرض فليتأمل.

قال الرَّافِعِي: إنما ذكره حيث تكلم في أن الثمن النقد أو ما اتصلت به الباء، ولعل التفريع على الخلاف حمل على مثل هذا إذ الثابت في حديث ابن عمر - رضي الله عنهما - السابق الاستبدال عن الثمن النقد وغيره يحتاج إلى دليل.

قال: (فَإِنْ اسْتَبْدَلَ مُوَافِقًا فِي عِلَّةِ الرِّبَا كَدَرَاهِمَ عَنْ دَنَانِيرَ أُشْتُرِطَ قَبْضُ الْبَدَلِ فِي الْمَجْلِسِ) أي: حذرًا من الربا، وإن استبدل عن الحنطة المبيع بها شعيرًا وجوزناه فكاستبدال دنانير عن دراهم.

قال: (وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ لَا يُشْتَرَطُ التَّعْيِينُ فِي الْعَقْدِ)؛ لأن الصرف على الذمة جائز، والثاني: يشترط لئلا يكون بيع دين بدين.

قال: (وَكَذَا الْقَبْضُ فِي الْمَجْلِسِ إِنْ اسْتَبْدَلَ مَا لَا يُوَافِقُ فِي الْعِلَّةِ كَثَوْبٍ عَنْ دَرَاهِمَ) يعني: لا يشترط أيضًا على الأصح، كمن باع ثوبًا بنقد في الذمة لا يشترط قبض الثوب في المجلس، والثاني يشترط؛ لأن أحد العوضين دين فيشترط قبض الآخر كرأس مال السلم ولا خلاف أنه يشترط التعيين في المجلس، وهل يشترط في العقد؟ على الوجهين في استبدال الموافق فخرج أن هذا القسم يشترط تعيينه في المجلس قطعًا ولا يشترط قبضه فيه ولا تعيينه في العقد على الأصح هكذا ذكر الشيخان وغيرهما هذه المسائل ولم يفرقوا بين الحال والمؤجل، ولا بين الطعام وغيره، وهو قول الشيخ أبي حامد، وجزم الشيخان في آخر الفصل تبعًا للبغوي بأنه لا يجوز استبدال المؤجل عن الحال، ويجوز عكسه وهو المذكور في «الكافي»، ومنع الماوردي لأحد العوضين عن الدين المؤجل، وفصل القاضي الحسين فقال: إن كان المؤجل طعامًا لم يجز بيعه بطعام.

....

ويجوز بما سواه ويؤيده نص الشَّافِعِي رضي الله عنه في باب السنة في الخيار.

قال: ولا أجبره قبل حلول الأجل بشيء من الطعام خاصة فأما بغير الطعام فلا بأس، وفي الصرف إذا كان له في ذمة الغير طعام مستقر إلى أجل مهرًا أو بدل خلع فأخذ منه بدله إن لم يكن مطعومًا جاز، وإن كان مطعومًا من غير جنسه لم يجز؛ لأنه بيع طعام بطعام آخر. قال القاضي الحسين: وهذا يشكل على كثير من الفقهاء ويجب ضبطه، انتهى.

ولا يختص ما ذكر بالثمن بل في كل دين ولعل سببه جعل بيع المؤجل بالحال كبيع الحال بالمؤجل وهو ممتنع من الربوي، وعلى هذا يطرد في النقد بنقد آخر، ولو كان سببه منع بيع الطعام قبل قبضه لامتنع في الحال وهو جائز، وكذا بغير الطعام لكن قياس بيع المؤجل بالحال على عكسه غير ظاهر، وكلام الشَّافِعِي يقتضي أنه متى كان الطعام عن بيع إنه لا يجوز بيعه بطعام آخر، ومتى كان عن بيع جاز عن الحال ولا يجوز عن المؤجل قطعًا، ورأيت عن «إيضاح» الصيمري أنه يجوز للراهن بيع الرهن من المرتهن بدينه وببعضه إذا كان حالًا وإن كان مؤجلًا، كما لا يجوز أن يأخذ بدلًا من دراهم مؤجلة دنانير قبل حلولها، وهذا يوافق ما قاله الماوردي، وما قاله القاضي الحسين كما سبق عنهما، والمسألة مشكلة وتخفى على أكثر الفقهاء، وكلام الرَّافِعِي وغيره يقتضي الجواز كما سبق.

فروع: لا بدَّ في الاستبدال من لفظ عقد وإلا لم يملكه وصار مضمونًا عليه، وقد يقال: إذا قلنا: المعاطاة أن يتفقا على الثمن والمثمن ثم يعطي ويأخذ من غير عقد أن ذلك يجوز هناك إذا باع بما يعز وجوده في البلد، فإن جوزنا الاستبدال صح، ثم إن وجدوا الاستبدال، وإن منعنا الاستبدال عن الثمن لم يصح قاله: الْبَغَوِي، ولو باع بنقد انقطع من أيدي الناس.

قال القاضي الحسين: إن جوزنا الاستبدال صح وإلا فينفسخ أو يثبت حق الفسخ قولان: الأجرة في الذمة كالثمن وكذا بدل الصلح عن المال، وأما المهر وبدل الخلع والصلح عن الدم، فإن قلنا: بضمان العقد وهو الأصح

وَلَوِ اسْتَبْدَلَ عَنِ الْقَرْضِ، وَقِيمَةِ الْمُتْلَفِ جَازَ، وَفِي اشْتِرَاطِ قَبْضِهِ فِي الْمَجْلِسِ مَا سَبَقَ. وَبَيْعُ الدَّيْنِ لِغَيْرِ مَنْ عَلَيْهِ بَاطِلٌ فِي الْأَظْهَرِ، ....

فكذلك لكل دين مستقر على الآخر من جنسين كذهب ودراهم، فقال: بعتك الدنانير التي في ذمتك بالعشرة التي لك في ذمتي لم يجز عندنا ووافقنا أحمد وجوزه أبو حنيفة بشرط الحلول ويعرف بمسألة تطارح الدينين.

قال: **(وَلَوْ اسْتَبْدَلَ عَنْ الْقَرْضِ)** أي: **(وَقِيمَةِ الْمُتْلَفِ جَازَ)** بلا خلاف قاله في «المحرر» لاستقراره، وكذا المال المضمون.

قال: **(وَفِي اشْتِرَاطِ قَبْضِهِ فِي الْمَجْلِسِ مَا سَبَقَ)** أي: من كونه مخالفًا في علة الربا وموافقًا وكذا اشتراط بعينه، قال شارح: وكونه حالًّا على ما سبق ومنعناه في «الغنية» والقرض وبدل المتلف لا يكون إلا تحالا فتأمله، وقيد غيره قوله قيمة التلف إذا كان متقومًا، ومراد المصنف بالقرض بدل القرض.

وأطلق الجمهور ذلك وفي «الشامل» تخصيصه بما إذا أتلف المقرض ذلك أو تصرف فيه، فإن كان باقيًا في يده، وقلنا: إن يملك بالقبض لم يجز الاعتياض عن عيبه لزوال ملكه ولا عن بدله لعدم استقراره؛ لأنه يعرض أن يرجع إلى العين وإن تملك بالصرف، قال بعض أصحابنا: لا يجوز أخذ بدله لضعف الملك بتسليط المستقرض عليه، انتهى.

يعني كلامه قول قائل: ودعواه عدم استقراره على قولنا: تملك بالقبض ممنوعة، واستدلاله بغرض الرجوع منقوض بهبة الوالد.

قلت: وليس هذا الرد بالواضح وما في «الشامل» نقله الرُّويَانِيّ عن القاضي أبي الطيب، وجميع ما ذكرناه من الاستدلال وهو بيع الدين لمن عليه.

قال: **(وَبَيْعُ الدَّيْنِ لِغَيْرِ مَنْ عَلَيْهِ بَاطِلٌ فِي الْأَظْهَرِ)** لأنه لا يقدر على تسليمه هذا هو المرجح في «الشرحين» و«المحرر» و«التهذيب» و«الكافي»، وقالا: في «الشامل» و«المقنع» في كتاب «الكتاب»: إنه ظاهر المذهب، والثاني: يجوز لاستقراره كبيعه ممن عليه بشرط أن يقبض المشتري الدين ممن عليه في المجلس ويقبض بائعه العوض في المجلس وإلا بطل، وقال المصنف في

....

«زيادات الروضة»: إن هذا القول أظهر وأفتى به - رَحِمَهُ اللَّهُ - تعالى، وكذا قاله في «المهذب» وحكي عن نصه في«الأم» و«الصرف» وكتاب«الشروط».

وقال القاضيان أبو سعيد الهروي، وسريج الرُّويَانِيّ: إنه المنصوص وكتبه وإنه بيع لازم، قالا: وفيه قول آخر أنه إن شرط أنه يرى فهو حوالة بلفظ البيع، وإن لم يشترط كان فاسدًا، انتهى.

تنبيهات: زعم الشارح أن الرَّافِعِي ذكر في آخر الخلع ما يوافق القول بصحة بيع الدين لغير من عليه ولم أعثر على ذلك، وأما اشتراط التقايض من الجانبين فتبع الشيخان فيه الْبَغَوِي ولم أره لغيره، وينبغي أن يكفي القبض من أحدهما بل يكفي التعين كما سبق.

قال بعض شيوخنا: ولم أر في كلام الأصحاب ما يقتضي ذلك وأما برفعه وإنما صرحوا بأنه لا يجوز بيعه بدين وهو محمول على ما إذا انتفى التعيين من الجانبين، انتهى.

وقال ابن الرِّفْعَة في «مطلبه»: مقتضى كلام الأكثرين مخالفة الْبَغَوِي والرافعي في «شرح الوجيز» لصاحب التعجيز إن قلنا يصح فله شرطان:

الأول: قبض البدل على الأصح كما سبق، وقال الْبَغَوِي بالتقابض.

والثاني: أن يبيعه بعين على تفصيل سبق، والحاصل أنه يصير الحكم كالحكم في بيع الدين ممن عليه، انتهى، وهو مأخوذ من كلام الغزالي.

وقد صرَّح الإمام بأنه إذا استبدل عينًا وتفرقا قبل التقابض لا يبطل العقد كبيعه من المديون.

وفي «البيان» في كتاب «الرهن»: أن بيع الرهن وهبته من الغير يصحان، ويلزمان من غير قبض بخلاف رهنه؛ لأن البيع والهبة تمليك فجرى مجرى الحوالة، وأصل هذا قوله: في «الشامل» قبيل كتاب «اللقطة»: إذا وهب الدين المستقر في الذمة لغير المدين فقد ذكر الشَّافِعِي في كتاب«الشروط» أنه يجوز بيعه وهبته، وقال في الرهن: لا يجوز هبته، ويخالف البيع والهبة لأنهما يزيلان

بِأَنِ اشْتَرَى عَبْدَ زَيْدٍ بِمِائَةٍ لَهُ عَلَى عَمْرٍو وَلَوْ كَانَ لِزَيْدٍ وَعَمْرو دَيْنَانِ عَلَى شَخْصٍ فَبَاعَ زَيْدٌ عَمْرًا دَيْنَهُ بِدَيْنِهِ بَطَلَ قَطْعًا.

فصل: وَقَبْضُ الْعَقَارِ ....

الملك. قال أبو العباس: اختلاف أصحابنا في ذلك على ثلاثة أوجه:

أحدها: أنه يصح البيع والهبة دون الرهن؛ لأن الدين بمنزلة العين لأنه يصح كونه ثمنًا كالعين، وتصح الحوالة به وهي معاوضة به، وعلى هذا الوجه لا يفتقر إلى رضى من عليه الدين، ولا يحتاج إلى القبض لا في البيع ولا في الهبة؛ لأن الشَّافِعِي شبه ذلك بالحوالة.

والوجه الثاني: يصح البيع والهبة والرهن ولكن يبقى لزوم الرهن والهبة إلى القبض؛ لأن الدين كالعين في جواز العقد عليه.

والثالث: لا يصح في الجميع وهذا خلاف نصه، والذي قبله خلاف نصه في الرهن إلا أنه أقيس، انتهى.

قال ابن الرِّفْعَة: بيع الدين الحال على معسر أو منكر لا بينة له عليه لا يصح جزمًا.

قال: فإن كانت له بينة فيظهر تخرجه على الخلاف في بيع الطير في دار فيحاء، والخلاف جارٍ فيما لو جعل الدين أجرة أو صداقًا أو عوضًا في المسابقة، صرح به الماوردي واستثني من الخلاف ومن منع بيع الدين بالدين الحوالة فإنها بيع على الصحيح المنصوص وهي جائزة إجماعًا.

قال: (**بِأَنْ اشْتَرَى عَبْدَ زَيْدٍ بِمِائَةٍ لَهُ عَلَى عَمْرٍو وَلَوْ كَانَ لِزَيْدٍ وَعَمْرو دَيْنَانِ عَلَى شَخْصٍ فَبَاعَ زَيْدٌ عَمْرًا دَيْنَهُ بِدَيْنِهِ بَطَلَ قَطْعًا**) وهذا منه نصرٌ للمسألة وهو استبدال كما سبق.

فرع: لو أدى من لم يكن ضامنًا عرضًا عن دين غيره فالأصح الصحة كما سنوضحه في باب الضمان إن شاء الله تعالى.

قال: **فصلٌ**: (**وَقَبْضُ الْعَقَارِ**) أي: كالأرض والدار والبناء وكذا الشجر وفي حكمه الثمر على الشجر، قال الشيخان: قبل أوان الجذاذ، وسكت غيرهما عن

تَخْلِيَتُهُ لِلْمُشْتَرِي وَتَمْكِينُهُ مِنَ التَّصَرُّفِ، بِشَرْطِ فَرَاغِهِ مِنْ أَمْتِعَةِ الْبَائِعِ ....

هذا القيد، وينبغي أن يلفت ذلك على أن مؤنة الجذاذ على من تكون.

قال: (**تَخْلِيَتُهُ لِلْمُشْتَرِي وَتَمْكِينُهُ مِنَ التَّصَرُّفِ، بِشَرْطِ فَرَاغِهِ مِنْ أَمْتِعَةِ الْبَائِعِ**) والمأخذ في ذلك - وما سيأتي - العُرف؛ فتسليم الدار المشحونة بالأمتعة يتوقف على تفريغها، وكذا السفينة، هذا هو المشهور وبه جزما هنا، ونقلا في باب الألفاظ وجهًا في صحة قبض الدار المشحونة أنه يصح، وأن الإمام ادعى أنه ظاهر المذهب ونبه عليه في «الروضة» لكنه سبق قلمه من صحة القبض إلى صحة البيع وصحة البيع لا نزاع فيه ورأيت في «الشامل»، و«معتمد» أبي نصر الْبَنْدَنِيجِي في كتاب «الرهن» أن إذا خلى بين المرتهن وبين الدار وفيها قماش الرهن صح التسليم في الدار خلافًا لأبي حنيفة، لنا ما كان قبضًا في البيع كان قبضًا في الرهن دون البيع ولا بيعه أن يقال: إن حصل مع التخلية استيلاء تام على الدار ونحوها، نجيب: تدخل هي وما فيها في ضمان المستولي عدوانًا كان فإيصالها وإلا فلا.

تنبيهات: قوله: أمتعة البائع يوهم التقيد به فقط، وأمتعة المستعير والمستأجر والموصى له بالمنفعة والغاصب كأمتعة البائع إلا أن يكون هو المشتري فالظاهر أنه لا يشترط التفريغ منها صحة القبض، وربما يأتي كلام في بعض ذلك، وزعم شارح أن يفسده بأمتعة البائع يخرج ما عداه وإخراج أمتعة غير المشتري غلط فاحذره، الأصح أنه لا يشترط حضور واحد منها عند المبيع.

والثاني: إن حضرا، وقال: البائع للمشتري دونك وهذا لا مانع حصل القبض وإلا فلا.

والثالث: بشرط حضور المشتري أو وكيله فعلى الأصح لا بد من مضي زمن يمكن فيه المضي إليه في الأصح، ولو كان بيد المشتري كما سيأتي، ولو اشترى الدار بما فيها صفقة فخلى البائع بينه وبينها حصل القبض في الدار، والأصح اشتراط نقل الأمتعة وبمقابله جزم الماوردي والرجوع إلى العرف وأهله يعدون التخلية في العقار إقباضًا، ومن جملة التمكين تسليم المفتاح إلى المشتري ولا يعتبر دخوله ولو جمع متاعه في بيت وخلى بين المشتري وبين

فَإِنْ لَمْ يَحْضُر الْعَاقِدَانِ الْمَبِيعَ أُعْتُبِرَ مُضِيُّ زَمَنٍ يُمْكِنُ فِيهِ الْمُضِيُّ إِلَيْهِ فِي الْأَصَحِّ وَقَبْضُ الْمَنْقُولِ تَحْوِيلُهُ، ....

الدار حصل القبض فيما عدا البيت على المشهور.

قال: **(فَإِنْ لَمْ يَحْضُرْ الْعَاقِدَانِ الْمَبِيعَ أُعْتُبِرَ مُضِيُّ زَمَنٍ يُمْكِنُ فِيهِ الْمُضِيُّ إِلَيْهِ فِي الْأَصَحِّ)** أي: وقوعنا على الأصح أنه لا يشترط واعتبر مضي زمن يمكن المضي إليه في الأصح سواء كان في يد المشتري أم لا لأنا اغتفرنا الحضور للمشقة ولا مشقة في مضي الزمان فاعتبروا، والثاني لا يعتبر إذ لا معنى له عند عدم الحضور وحسن أن يفرق بين ما في يده وغيره.

قال: **(وَقَبْضُ الْمَنْقُولِ تَحْوِيلُهُ)** لأنه العرف وروى حرملة أنه يكفي التخلية، وقيل: يكفي لنقل الضمان دون التصرف، ورأيت في فتاوى الْقَفَّال أنه لو باعه شجرة بشرط القطع حصل التسليم بالتخلية، كما لو اشترى صبرة طعام جزافًا وخلى بينه وبينها صار ذلك مقبوضًا على ظاهر المذهب، انتهى.

فعلى المشهور وإلا يأمر العبد بالانتقال من موضعه وبسوق البهيمة أو يقودها، انتهى.

ورأيت الشَّافِعِي قال في «مختصر الْبُوَيْطِي»: إن كل ما كان ينتقل مثل الصبرة والعروض أن يُوزن أو يكال فقبضه الكيل والانتقال والوزن، وكل ما كان لا ينتقل مثل: الدور والأرضين والعبيد والحيوان فقبضه أن يخلي صاحبه بينك وبينه لا يحول بينك وبينه هو ولا غيره، ويقول: اقبض، فيقول: قد قبضت، هذا نصه بحروفه وقضيته أن القبض في العبد والبهيمة لا يتوقف على ما ذكراه من الانتقال والسوق ونحوه.

وقال صاحب «اللطيف» بعد ذكره قبض المكيل والموزون والمعدود: إن كان جزافًا ومثله ينقل فقبضه نقله وإن كان ثوبًا أو نحوه فقبضه مناولته، وإن كان دابةً أو بعيرًا فقبضه تسليم رسنه وخطامه، انتهى.

وهو موافق للنص، وهو الحق والعرف مطرد به بل أكثر الناس نقل إلزام أو المفقود إلى جهة المشتري ويرون ذلك إقباضًا إذا استولى عليه.

فَإِنْ جَرَى الْبَيْعُ بِمَوْضِعٍ لَا يَخْتَصُّ بِالْبَائِعِ كَفَى نَقْلَهُ إِلَى حَيِّزٍ، ....

قال في «الروضة»: ولا يكفي استعماله وركوبها بلا نقل.

وكذا الوطء على الصحيح ذكره في «البيان»، انتهى.

وقال في «شرح المهذب»: قال في «البيان»: لو أمر العبد بعمل لم ينتقل فيه عن موضعه أو ركب البهيمة ولم تنتقل عن موضعها فالذي يقتضيه المذهب أنه لا يكون قبضًا كما لا يكون غصبًا، قال الشيخ: وما ذكره في الغصب فيه خلاف، انتهى.

قلت: والمذهب أن ركوب الدابة ممن هو أهل للاستيلاء غصب وفيه وجه مزيف، وقضية كلام الْعِمْرَانِي هذا الذي أبداه تفقهًا لا نقلًا التسوية بين البابين، وليس بجيد وذكر الرَّافِعِي هناك أنه لو أذن له البائع في الركوب جاز التصرف وإن لم ينقل، وقال الماوردى: في وطء الأمة بعد رفع يد البائع قبض وقبله ليس قبضًا.

إشارة: حسن أن يستثنى من إطلاق المصنف وغيره اعتبار والتحويل مثله بيع الشجرة بشرط القطع ونحوها وقياسه بيع الجدار بشرط نقله، وبيع الثمرة على الشجرة، وسواء شرط قطعًا أم لا، وكذا بيع الزرع في الأرض حيث يصح وما أشبه هذا فإن التخلية كافية فيه، فإن كانت هذه الأشياء فذكروه في بابها، وسيق أن إتلاف المشتري قبض وإن لم يجز نقل، وذكر الماوردي في باب الربا أن المقسوم لا يحتاج إلى تحويل، وإن جعلنا القسمة تبعًا، وسيأتي أن القبض فيما يقبض باليد عادة التناول لا غير.

قال: **(فَإِنْ جَرَى الْبَيْعُ بِمَوْضِعٍ لَا يَخْتَصُّ بِالْبَائِعِ)** أي: كمسجد وموات وشارع، ومس المشتري.

(كَفَى نَقْلَهُ إِلَى حَيِّزٍ) أي: منه أو من غيره لوجود التحويل.

إشارة: جزموا بهذا في دار المشتري ونحوها مما يختص به، وقال: لو باعه ما في يده بوديعة أو غصب لا يشترط النقل ولا إذن البائع، ولا يثبت حق الجنس؛ لأنه رهن بدوام يده، كذا ذكره الْمُتَوَلِّي في «الحاوي» وغيره وجه أنه

وَإِنْ جَرَى فِي دَارِ الْبَائِعِ لَمْ يَكْفِ ذَلِكَ إِلَّا بِإِذْنِ الْبَائِعِ فَيَكُونُ مُعِيرًا لِلْبُقْعَةِ].

يشترط النقل بإذن البائع إذا كان له حق الجنس فعلى ما ذكره الْمُتَوَلِّي بصور ما قدمناه في دار المشتري إذا لم ينفرد باليد بأن كان البائع معه، وتحرير القول: أنه إذا ابتاع ما في يده من عقار أو منقول إن كان الثمن حالًّا ولم يوفره افتقر إلى إذن البائع في القبض كما جزما به، ومنقول الْمُتَوَلِّي ونقل الإمام عن الشيخ أبي علي وما ذكره الرَّافِعِي أصح، وإن كان الثمن مؤجلًا أو حالًّا لم يحتج إلى إذن على الصحيح، وحيث قلنا: يحتاج أو يحتاج ففي اشتراط مضي زمان يتأتى فيه القبض، واشتراط السير معه ونقله بعد الوصول إليه إن كان منقولًا ما يأتي في الرهن حرفًا بحرف والصحيح كالصحيح هكذا قال الجمهور.

واعلم أن الرَّافِعِي وغيره أطلقوا النقل في المنقول وكذا ذكر في «المهذب» وقال في «التنبيه»: فيما يتناول باليد قبضه التناول، وكذا قاله: القاضي أبو الطيب والمحاملي والشيخ أبو حامد والماوردي والجرجاني والبغوي وخلائق، وقال في «شرح المهذب»: إنه لا خلاف فيه واستدركه في «الروضة» وسكت في «المنهاج» ومثلوه بالدراهم والدنانير والأشياء الخفيفة ويشبه أن يقال: هذا نقل لهذه فلا استدراك نقل كل شيء بحسبه.

قال: (**وَإِنْ جَرَى فِي دَارِ الْبَائِعِ**) أي: في موضع تستحق منفعته أو الانتفاع به بملك أو وقف أو إجارتهما وإعارة أو وصية أو إقطاع ونحوها.

قال: (**لَمْ يَكْفِ ذَلِكَ**) نقله إلى خير منها.

(**إِلَّا بِإِذْنِ الْبَائِعِ**)؛ لأن يد البائع عليها وعلى ما فيها، ولا فرق بين أن يكون قد وفَّر الثمن أو لا، فإن فعل بلا إذن لم ينتقل ضمان العقد، ولا يجوز التصرف به؛ لكن يدخل في ضمانه حيث يطالب به لو خرج مستحقًّا لوضع يده عليه هذا فيما اعتيد نقله، وأما الدراهم الخفيفة ونحوها إذا أخذها بيده أو الثوب إذا لبسه فعلى ما سبق من كونه قبضًا، وإن كان بموضع يختص بالبائع؛ لأنه لو نازعه فيه كان القول قوله.

قال: (**فَيَكُونُ مُعِيرًا لِلْبُقْعَةِ**) أي: التي أذن في النقل إليها، قال شارح: وصورة المسألة أن يكون قد أذن له في القبض والنقل، فإن لم يأذن إلا في

....

النقل فإطلاق الإمام ألا يحصل القبض.

قلت: وكلام «البسيط» مصرح بذلك، قال هذا الشارح: ويحتمل أنه إن كان وفر الثمن كفى، والظاهر ما قاله الإمام؛ لأن مجرد الإذن في النقل لا يقتضي العارية[١] انتهى.

وقضية كلام الْبَغَوِي والمصنف وغيرهما الاحتمال المذكور؛ لأن عند التوفير لم يبق للبائع بالمبيع تعلق فوجب حمل إذنه على ذلك.

وفي حكم التوفير كون الثمن مؤجلًا.

وجعل بعضهم كلام الإمام مخالفًا لكلام الْبَغَوِي؛ لكن كيف يعبر البقعة إذا كان مستعيرًا كما مثل به الإمام وتابعوه عليه، والمذهب أنه يعبر وجوابه أنه لم يرد بذلك جواز الإعارة وصحتها، وإنما المراد حصول القبض، وإن لم تكن العارية صحيحة كما لو نقله إلى موضع مغصوب.

مباحثة: قال أبو عمر وابن الصلاح، إثر قول «الوسيط»: فلو نقل إلى زاوية من دار البائع، المسألة هذا فيه نظر؛ لأنه إذا أشار له لينقله فمجرد هذا قبض، ولا يتوقف كونه قبضًا على وضعه ثم وضعه لا يخرجه عن كونه قبضًا؛ بل كان قبضه ثم أعاده إلى يد البائع، واحتج الإمام بأنه لو نازع في متاع بقرية فاليد عليه لرب الدار بخلاف ما احتوت يده عليه حجة عليه، فإنا إنما جعلناه قبضًا نظر إلى احتواء يده حالة النقل، ثم ذكر ما حاصله أن الشيء الثقيل لا يعد مجرد احتواء اليد عليه في العُرف قبضًا ما لم ينقل إلى موضع؛ لأن اليد لا تصلح إقرارًا له فاحتواؤها عليه حالة الإمساك كالعدم، لاضطراره إلى وضعه عن قرب.

قال: وهذا معنى لا بأس به ويؤيده الحديث في الطعام: «**حتى يحوزه التجار إلى رحالهم**»[٢] ولكن الإشكال باقٍ فإنا نجعل اليد للحامل، انتهى ملخصًا.

---

(١) حقيقة العَارِيَّة الشَّرعيَّة: إباحة الانتفاع بما يحلُّ الانتفاع به مع بقاء عينه.

(٢) تقدم تخريجه.

....

وهو حسن ويندفع ما ذكره من المعنى بما لو نقله قليلًا قليلًا يجب مصلح اليد قرار الماء احتوت عليه منه في كل دفعة، وقيد الْمَاوَرْدِي في كتاب «الرهن» أن المبيع المنقول في قبضه ينقله من موضعه سواء أخرجه بالنقل عن ملك بائعه أم لا، قال: نص الشافعي علي ذلك.

وقال الدارمي: لا يكون قبضًا حتى يخرجه عن ملك بائعه لحديث: «**حتى يحوزه التجار إلى رحالهم**»(١) **انتهى**.

ولم يذكر إذن البائع بل ظاهر كلامه أنه بغير إذنه إذ يبعد أن الدارمي يمنع ذلك عند الإذن، وقال ابن الرِّفْعَة هنا وفي «الحاوي»: إن المعتبر في القبض إخراجه من الذي كان فيه، وإن لم يجعله المخرج في حرز، وفي «تعليق القاضي الحسين»: أنه لو وضعه في جوالق نفسه وخرج ليحضر الجمال فهو قبض، وإن كانت الجوالق في دار البائع، وكذا لو استعار منه الجوالق(٢).

فروع: جاءه البائع فقال المشتري: ضعه، فوضعه بين يديه حصل القبض، وإن وضعه والمشتري ساكت أو قال: لا أريده، حصل القبض على الأصح، فله التصرف فيه، ولو تلف قبل أخذه له فمن ضمانه لكن لو خرج مستحقًّا لم يطالب به، ولو وضعه بين يدي المشتري فقبله، ولم يتقدم أمره بالوضع حصل القبض جزمًا، وإنما الخلاف فيما إذا نقل، وهذا وشبهه إذا كان بموضع لا يختص بالبائع، وهنا زيادات ذكرتها في «الغنية» ولو دفع طرفًا إلى البائع، وقال: اجعل هذا المبيع فيه ففعل فلا تسليم، والطرف أمانة في يد البائع وفي مثله في السلم، وبيع الموصوف في الذمة يكون مضمونًا على المسلم إليه والبائع لاستعماله في ملكه بخلاف الأول، ولو قال البائع: أعرني طرفك أجعل المبيع فيه لم يكن إقباضًا، وبيع ماله المنقول لولده، وبالعكس لا بُدّ فيه من النقل، ففيه تكفي النية وتسليم الحمل إذا تبع في الحمدة على حسب

(١) تقدم تخريجه.

(٢) الجِوالِقُ: وعاءٌ، الجمع: جَوالِقُ، كصَحائِفَ.

....

الإمكان، وقيل: على حسب العُرف.

وقال في «الكافي»: هل عليه تفريغ المحمدة في الحال أم على مر الأيام على العادة؟ قال القاضي الحسين: يحتمل وجهين والأصح وجوبه في الحال كالحنطة في البئر.

قال: والأصح عندي الثاني، والفرق أن الحنطة لا تتلف بنقلها في الحال بخلاف الحمد، ونظير مسألتنا ما لو اشترى ثمرة على شجرة بعد بدو الصلاح لا يجب قطعها في الحال؛ بل على العادة، انتهى.

وهو حسن لهما التوكيل في القبض والإقباض؛ لكن لا يوكل المشتري من يده يد البائع كعبيده إلا المكاتب، وفي المأذون المذبون وجه وله توكيل عبد نفسه أو ابن البائع فله مطلق التصرف، ولو قال البائع: وكِّل مَن يقبض لي منك جاز، قاله الْبَغَوِي وغيره، وإذا كان المنقول حاصل في البلد وجب تسليمه موضع العقد، والمراد تلك المحلة وإحضاره على البائع ونقله إلى دار المشتري عليه، وقيل: يجب إيصال الحطب على الدابة إلى داره للعُرف، وينبغي جريانه فيما إذا نقله على ظهر الحطاب أيضًا للعُرف.

وقال القاضي الحسين: لا يتعين مكان البيع، أي موضع أحضره أجبر المشتري على قبضه وإن كان المبيع غائبًا.

قال الْمَاوَرْدِي: فلا بُدّ من ذكر البلد التي هو بها، ولا يلزمه تسليمه في غيره، فإن شرط ذلك بطل البيع، قيل: وكلام غيره يقتضي إلى أن الغائب عن البلد والحاضر سواء بخلاف السلم والثمن في الذمة ولا تناقض بين الكلامين، فإن الأول في الغائب المختلف في بيعه، والثاني في غائب تقدمت رؤيته وإطلاق الشيخين وغيرهما القول بأن مؤنة إحضار المبيع الغائب على البائع محمول على الغائب في البلد عن موضع العقد لا الغائب مطلقًا، وإن تقدمت رؤيته.

وكلام الرَّافِعِي في السلم يقتضي عدم الفرق وهو شائع للتهذيب وغيره وقضيته أنه لو رأى عروضًا «باليمن» مثلًا ثم اشتراها «بخراسان» أنه يلزم بائعها

قال المصنف: [فَرْعٌ: لِلْمُشْتَرِي قَبْضُ الْمَبِيعِ إنْ كَانَ الثَّمَنُ مُؤَجَّلًا أَو سَلَّمَهُ، وَإِلَّا فَلَا يَسْتَقِلُّ بِهِ، وَلَوْ بِيعَ الشَّيْءُ تَقْدِيرًا كَثَوْبٍ وَأَرْضٍ ذَرْعًا وَحِنْطَةٍ كَيْلًا أَو وَزْنًا اُشْتُرِطَ مَعَ النَّقْلِ ذَرْعُهُ أَو كَيْلُهُ أَو وَزْنُهُ، ....

نقلها إلى موضع العقد، وهو بعيد وكلام الأئمة ينازعه.

ولعل المراد بالتسليم التسليم باللفظ لا لزوم النقل إلى موضع العقد مطلقًا، وفي «المطلب» أن أجرة النقل المحتاج إليه في تسليم المنقول على المشتري ما دل عليه كلام الشافعي، وصرح به الْمُتَوَلِّي وهو شاهد لما قبله، وقد ذكروا أنه إذا سبقت رؤية الغائب وكان بيد المشتري بإيداع أو عارية أو نحوهما أنه لا بُدّ من مضي زمن إمكان القبض لجواز الصرف وانتفاء الضمان على الأصح، ثم في اشتراط المضي إليه ومشاهدته به ما سبق ويأتي إن شاء الله تعالى.

قال الشارح: **(فرع: لِلْمُشْتَرِي قَبْضُ الْمَبِيعِ إنْ كَانَ الثَّمَنُ مُؤَجَّلًا أَو سَلَّمَهُ)** أذن البائع أو لم يأذن، هذا إذا لم يحل الأجل قبل أخذه أما لو حل قبل ذلك فسنذكر ما قيل فيه إن شاء الله تعالى.

قال: **(وَإِلَّا فَلَا يَسْتَقِلُّ بِهِ)**؛ لأن للبائع حق جنسه للثمن، ولو أخذه بغير إذنه فعليه رده ولا ينفذ تصرفه كالمرهون وإلا فيما ينفذ منه قبل القبض؛ لكن يدخل في ضمانه، والمراد به ما يشمل ضمان اليد وضمان العقد فيستقر الثمن، ولو خرج مستحقًّا طولب به ولا أثر لتسليم بعض الثمن على الأصح، ومحل الوجهين عند الإمام والرافعي فيما ينقسم كالصبرة مثلًا.

وأطلق كثيرون الخلاف ولعله الأقرب، نعم يجب أن يكون القرض في الثمن في الذمة لا في المعين قطعًا حذرًا من تفريق الصفقة عند التلف.

قال: **(وَلَوْ بِيعَ الشَّيْءُ تَقْدِيرًا كَثَوْبٍ وَأَرْضٍ ذَرْعًا وَحِنْطَةٍ كَيْلًا أَو وَزْنًا اُشْتُرِطَ مَعَ النَّقْلِ ذَرْعُهُ)** أي: إن بيع ذرعًا.

(أَوْ كَيْلُهُ): إن بيع كيلًا.

(أَوْ وَزْنُهُ) أي :إن بيع وزنًا، وكذا عدَّه في المعدود للأحاديث السابقة، وغير المكيل المقبوض عليه مقيس عليه، فلو قبض على غير هذا الوجه

مِثَالُهُ بِعْتُكَهَا كُلَّ صَاعٍ بِدِرْهَمٍ أَوْ: عَلَى أَنَّهَا عَشَرَةُ آصُعٍ، ....

فالقبض فاسد هذا هو المذهب المنصوص المشهور.

وقيل: يصح، وهو مخالف للإجماع في المكيل والموزون، وجزما هنا بأن المقبوض يدخل في ضمانه، ونقلا في باب بيع الثمار وجهين بانفساخ العقد بتلفه في يد المشتري قبل الكيل، وادعى الإمام الاتفاق على أنه لا ينفسخ، أما التصرف فلا يجوز في الجميع قطعًا، ولا فيما يتيقن أنه قدر حقه فيجوز أن يكتفي به وقبض ما اشتراه كيلًا بالوزن أو وزنًا بالكيل كقبضه جزافًا، ويحتمل أن هذا فيما إذا لم يعلم مقدار المكيل من الموزون ولا العكس، أما لو علم بالامتحان فيجوز أن يكتفي به في غير عقود الربا.

قال: **(مِثَالُهُ بِعْتُكَهَا كُلَّ صَاعٍ بِدِرْهَمٍ أَوْ: عَلَى أَنَّهَا عَشَرَةُ آصُعٍ)** وكذا بعتك عشرة أصوع منها، وهما يعلمانٍ صيعانَها أو لم يعلما إذا جوزناه، ولا يخفى أمثلة الموزون والمزروع والمعدود.

فروع: لو قال البائع: خذه فإنه كذا فصدَّقه فالقبض فاسد أيضًا حتى يقع اكتيال صحيح، وسواء معينًا أو في الذمة فإن زاد رد الزيادة، وإن نقص أخذ التمام، هكذا أطلقاه، وهو يشعر بأنه لا يجب رد الجميع، وهو ما نسب إلى الجمهور. وسبق في الربا فيما إذا تقايضا وتصادقا على الوزن وتفرقا كلام ينبغي تأمله مع هذا.

وبالجملة: فيظهر أن يقال هنا: إن اكتاله فوجده بقدر حقه وكان الثمن مؤجلًا، أو وفَّره وأذن له البائع في القبض فلا حاجة إلى رده إذ المعتبر النقل والكيل وقد وُجِدَا، وإن وجده أزيد فلا يستقل بالقيمة وإن اجتمعا عليها حصل القبض أيضًا ولا حاجة إلى صورة الرد، ولو أراد البائع استرجاع المقبوض جزافًا بغير إذنه.

قال الإمام: إن قلنا للمشتري أن يتصرف لم يكن له وإلا ففيه احتمال، انتهى.

في الأصح ليس ذلك لا يلزم أحدهما الرضا بكيل الآخر أو وزنه

وَلَوْ كَانَ لَهُ طَعَامٌ مُقَدَّرٌ عَلَى زَيْدٍ وَلِعَمْرٍو عَلَيْهِ مِثْلُهُ فَلْيَكْتَلْ لِنَفْسِهِ ثُمَّ يَكِيلُ لِعَمْرٍو،

ونحوهما؛ بل إن اتفقا على واحد وإلا نصب الحاكم أمينًا هذا ما ذكر هنا، وكلام كثيرين عند الكلام على أجرة المقبض مصرح بخلافه، وأن للبائع أن يتولى الكيل بنفسه، وصرح بعضهم أنه لو طلب المستحق الكيل وطلب الآخر أجيب وكأنه لا يحسن بحسن البائع الكيل ولم يجد متبرعًا به، والمذهب ما ذكر هنا، وذكر ابن الرِّفْعَة في الكتابة ما صدر بأنه الفرع عن رواية الرَّافِعِي، ثم قال: وظاهره يدل على أنهما لو تراضيا بكيل أحدهما جاز.

وحكى الرَّافِعِي من بعد فيما لو أذن مستحق الحنطة أن تكال من الصبرة بقدر حقه وجهين: أصحهما أنه لا يجوز؛ لأن الكيل أحد ركني القبض وقد صار ثابتًا فيه من جهة البائع.

والثاني: يجوز لأن المقصود منه معرفة المقدار والمقبض هو البائع، انتهى.

فحصلت وجوه: مؤنة وكيل المبيع ووزنه ونحوهما على البائع، ووزن الثمن أو كيله على المشتري، وفي مؤنة نقل الثمن وجهان.

قال في «الروضة»: ينبغي أن يكون الأصح أنها على البائع وصححه في «شرح المهذب»، وبه أجاب ابن الْقَطَّان في فروعه، والدبيلي في «أدب القضاء»، والماوردي والجرجاني في «الشافي» في كتاب «الجنايات» قال: لأنه يدعى عيبًا الأصل عدمه ورجحه صاحب «الأشراف».

وقال العمراني في كتابيه «البيان» و«الزوائد» في كتاب الإجارة: إنه إن كان الثمن معيبًا فمؤنة النقد على البائع، وإن كان في الذمة فعلى المشتري وهذا حسن بالغ، فإن كان وجهًا ثالثًا فهو الأصح وإلا فليترك عليه إطلاق الوجهين، ويحتمل أن محلهما فيما في الذمة فقط.

وقال الدارمي: أجرة الناقد على القابض وعندي على المعطي، انتهى.

قال: **(وَلَوْ كَانَ لَهُ)** أي: أمكن مثلًا.

(طَعَامٌ مُقَدَّرٌ عَلَى زَيْدٍ وَلِعَمْرٍو عَلَيْهِ مِثْلُهُ فَلْيَكْتَلْ لِنَفْسِهِ ثُمَّ يَكِيلُ لِعَمْرٍو) لأن

فَلَوْ قَالَ: اقْبِضْ مِنْ زَيْدٍ مَا لِي عَلَيْهِ لِنَفْسِكَ فَفَعَلَ فَالْقَبْضُ فَاسِدٌ.

النبي ﷺ «**نهي عن بيع الطعام حتى يجري فيه الصاعان**»[1] رواه ابن ماجة بإسنادٍ فيه ضعف.

قال البيهقي: وقد روي موصولًا من أوجه إذا ضم بعضها إلى بعض قوي مع ما سبق في الباب من الأحاديث الصحيحة، وليكون قبضه قبل إقباضه.

قال: (**فَلَوْ قَالَ**) أي: من له الطعام على زيد وهو بكر لعمرو.

(**أَقْبِضْ مِنْ زَيْدٍ مَا لِي عَلَيْهِ لِنَفْسِكَ فَفَعَلَ فَالْقَبْضُ فَاسِدٌ**) أي: لعمرو بلا خلاف؛ لأنه مشروط بقبض بكر ولم يتقدم عليه، ولا يمكن القول بحصولهما لاتحاد القابض والمقبض، نعم يحصل القبض لبكر على الأصح، ويبرئ زيد ثم المقبوض في يد عمرو أمانة لكونه وكيلًا لبكر أو مضمون لكونه قبضه لنفسه، كلام الرَّافِعِي يقتضي الثاني، ويحتمل أن يفرق بين العالم والجاهل، ولو قال بكر لعمرو: احضر معي لا كفالة لك من زيد ففعل فهي كالأولى لا يصح لعمرو قطعًا ويصح لبكر على الأصح وهنا أولى، وبكر هنا ضامن على الوجهين إن صححنا ضمان عقد وإلا فضمان يد، ولو قال: اقبضه لي ثم لنفسك بذلك الكيل صح قبضه لبكر، وفسد قبضه لنفسه على الأصح، ولو قال: احضر معي لأقبضه لنفسي ثم تأخذه بذلك الكيل صح القبض لنفسه وفسد للآخر وهو مضمون عليه، فلو اكتاله لنفسه وسلمه إلى عمرو في المكيال جاز، وقيل: لا؛ لأنه لم يجز فيه الصاعان، ولو اكتال لنفسه وفرغه ثم كال لعمرو جرى الصاعان، وصح القبضان.

تنبيه: حكم دَيْن السَّلم والقرض والإتلاف في ذلك سواء، وكذا فرضها الإمام، قال شارح: ومنه يعلم أن فرض الكتاب لها في السلم غير مختص به؛ بل مراده المثال وهذا عجيب فإن «المنهاج» لم يتعرض للسَّلَم ولا لغيره، نعم لو أحال بكر أو عمرو بطعام على زيد فإن كان ما لبكر قرض، وما لعمرو سلم فالفساد من جهة عمرو؛ لأنها حوالة بالمسلم فيه إن كانا غير سلم فالفساد

---

(١) أخرجه ابن ماجه (٢٣١٣) مَعْلُولٌ بِابْنِ أَبِي لَيْلَى.

فرع: قَالَ: الْبَائِعُ لَا أُسَلِّمُ الْمَبِيعَ حَتَّى أَقْبِضَ ثَمَنَهُ، وَقَالَ: الْمُشْتَرِي فِي الثَّمَنِ مِثْلَهُ أُجْبِرَ الْبَائِعُ، وَفِي قَوْلٍ: الْمُشْتَرِي، وَفِي قَوْلٍ: لَا إِجْبَارَ، فَمَنْ سَلَّمَ أُجْبِرَ صَاحِبُهُ، وَفِي قَوْلٍ: يُجْبَرَانِ.

منهما؛ لأنها حوالة به، وعليه وإن كانا عن قرضٍ صحيح الحوالة على الأصح، وإن كان ما لبكر عن سلم، وما لعمرو عن قرض فحوالة على المسلم فيه فالفساد من جهة بكر.

فرع: قبض الجزء الشائع إنما يحصل بتسليم الجميع ويكون ما عدا المبيع أمانة في يده، ولو قال: اكتل لنفسك من صبرتي هذه فاكتال لم يصح لإيجاد القابض والمقبوض، وهو ممتنع على النص خلافًا لابن سُرَيْج.

قال: (فرع: **قَالَ الْبَائِعُ**) أي: بعد لزوم العقد.

(**لَا أُسَلِّمُ الْمَبِيعَ**) أي: المعين.

(**حَتَّى أَقْبِضَ ثَمَنَهُ**) أي: الحال.

(**وَقَالَ الْمُشْتَرِي فِي الثَّمَنِ مِثْلَهُ أُجْبِرَ الْبَائِعُ**) أي: على الأظهر، وقطع به جماعة؛ لأن حق المشتري في العين وحق البائع في الذمة فقدم ما يتعلق بالعين كأرش الجناية مع غيره من الديون .

قال: (**وَفِي قَوْلٍ الْمُشْتَرِي**) وليس بمنصوص ولا ذكره العراقيون وذكره القاضي الحسين وغيره، وقالوا: إنه مخرج من الصداق حيث أجبر الزوج، وجعله هذا القابل بمنزلة المشتري ووجهه بأن حقه متعين في المبيع وحق البائع غير متعين في الثمن فأمر بتعيين الثمن ليتساويا وباقي تعيين الحق.

قال: (**وَفِي قَوْلٍ لَا إِجْبَارَ، فَمَنْ سَلَّمَ أُجْبِرَ صَاحِبُهُ**)؛ لأنهما سواء حكاه في «الأم» في باب الاستبراء عن غيره، وردد القول بينه وبين إجبار البائع، ثم دفعه بأن فيه ترك الناس يتمانعون الحقوق، وعلى هذا يمنعها الحاكم من التخاصم.

قال: (**وَفِي قَوْلٍ يُجْبَرَانِ**) لأن التسليم واجب عليهما فيجبران على إحضار المبيع والثمن ثم يسلم كل منهما ما له دفعة واحدة كما لو كان عليه دراهم

....

ولِلآخر عليه دنانير وهكذا حكاه الشافعي عن غيره ودفعه من غير تردد، واختاره الروياني في هذا الزمان، وقطع بعض الأصحاب به واختلفت الطرق في حكايته، فقيل: يجبر كل منهما على التسليم لصاحبه دفعة واحدة، وقيل: على التسليم للحاكم، والحاكم يتخير لا يبالي بأيهما بدأ وهو هكذا في «الأم»، وقيل: ينصب الحاكم عدلًا ليتسلم منهما ثم يسلم.

قال الماوَرْدِي: وإذا كان المبيع لا يمكن نقله لا يأتي فيه إلا قولان: ويأتي في أصل المسألة قول خامس أن الحاكم يتخير اجتهادًا ونظرًا وسنذكره.

فروع وتنبيهات: هل يستقر العقد بقبض الحاكم أو العدل أو لا يستقر حتى يصل الشيء إلى صاحبه؟ لم يصرحوا فيه بشيء لكن في «الحاوي» أنه إذا تلف في مجلس الحكم كان من ضمان دافعه، وصرح الجرجاني في «التفليس»: أنه إذا تلف في يد العدل يكون كالتلف في يد البائع، وربما تذكر في عدل الرهن شيئًا من هذا، ولو كان الثمن مؤجلًا أجبر البائع على التسليم قطعًا وليس له طلب رهن أو كفيل، وإن كان المشتري غريبًا؛ لأنه المفرط فلو حل الأجل قبل التنازع أو بعده وقبل إلزام الحاكم بالتسليم.

قال الروياني: فيه وجهان كالصداق ظاهر المذهب وجوب التسليم أيضًا، وبه جزم الْبَغَوِي.

وقال الْمُتَوَلِّي: ذكر المزني في «المنثور»: أن له حق الحبس، وذكره الرَّافِعِي عنه هناك، وفي الترجيح في نظير المسألة من الصداق اختلاف في كلام الرَّافِعِي بينته في «الغنية» هناك والمنسوب إلى الأكثرين أنه ليس له الامتناع، لو باع الحاكم مال المفلس سقط القول بعدم إجبارهما ومثله فيما يظهر لو باع في نفقة الزوجة والقريب والرهن والجناية عند طلب المستحق، ولو تبايع وكيلان حكى الإمام في التفليس بغير إجبارهما، وقضية كلام «الحاوي» مجيء القولين الأولين، وفي وكيل البائع يأتي إجباره وإجبارهما، وكذا في وكيل المشتري، وعبارة شارح هذه الأقوال: جارية في نظيره من الإجارة، وفيما إذا كان المتبايعان مالكين وليس للغير فيه حق، فإن باع الولي

قُلْتُ: فَإِنْ كَانَ الثَّمَنُ مُعَيَّنًا سَقَطَ الْقَوْلَانِ الْأَوَّلَانِ وَأُجْبِرَا فِي الْأَظْهَرِ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ،

أو الوكيل فلا يأتي إلا إجبارهما وإجبار المشتري، وإن اشتريا لم يأت إلا إجبارهما وإجبار البائع، وإن تبايع وكيلان أو وليَّان لم يأت إلا إجبارهما أو إجبار المشتري، وإن اشتريا لم يأت إلا إجبارهما أو إجبار البائع، وإن تبايع وكيلان أو وليان لم يأت إلا إجبارهما قاله: الإمام، وإن تعلق بالمبيع حق كالمرتهن وغرما المفلس لم يات فيه إلا إجبارهما أو إجبار البائع.

وقال ابن الْقَطَّان: يجبر مشتري مال المفلس بلا خلاف، وقال الْمَاوَرْدِي: يجيء فيه إجبار البائع أيضًا، انتهى.

ولو تبرع البائع عن نفسه بالتسليم سقط حق الحبس، وكذا لو أعاره من المشتري في الأصح، ولو أودعه إياه فله استرداده للحبس في الأصح، ولو تلف في يد المشتري فكتلفه في يد البائع، ولو صالح من الثمن على مال لم يسقط حق الحبس لاستيفاء العوض قاله الرَّافِعِي، وعبارة متن «الروضة»: فله إدامة حبسه؛ لاستيفاء العوض وهي أحسن؛ ولكن سيأتي عن الْقَفَّال أنه لو استبدل عن الثمن شيئًا لم يكن له حبس المبيع ليعوض البدل، وبه أجاب القاضي الحسين في «الفتاوى».

قال: لأن البراءة عن الثمن حصلت بنفس الاعتياض، قال: ولو كان به رهن أو ضامن انفك الرهن وبرئ الضامن، انتهى.

وهذا هو القياس، وأخشى أن لفظه لم يكن في كلام الرَّافِعِي وقعت سبق قلم من ناقل، ولو قال البائع: أعرتكه، فقال المشتري: بل سلمته، ففي المصدق وجهان، ولو قال البائع: غصبته، صدق على الأصح فيما لو اشترى بوكالة اثنين وفى نصيب أحدهما لم يلزم البائع تسليم النصف اعتبارًا بالعاقد، ولو باع عن اثنين فقبض نصيب أحدهما لزمه تسليم النصف قاله: الْبَغَوِي، ويخرج من كلام الرَّافِعِي أن الأصح اعتبارًا بالعاقد.

قال: (**قُلْتُ: فَإِنْ كَانَ الثَّمَنُ مُعَيَّنًا سَقَطَ الْقَوْلَانِ الْأَوَّلَانِ وَأُجْبِرَا فِي الْأَظْهَرِ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ**) أي: لاستواء الجانبين سواء كان نقدًا أم دخلت الباء

وَإِذَا سَلَّمَ الْبَائِعُ أُجْبِرَ الْمُشْتَرِي إِنْ حَضَرَ الثَّمَنُ وَإِلَّا فَإِنْ كَانَ مُعْسِرًا فَلِلْبَائِعِ الْفَسْخُ بِالْفَلَسِ، ....

عليه، وقيل: إنما يسقطان إذا تبايعا بعرض، وفي «تعليق» الشيخ أبي حامد في بيع العرض بالعرض أو بالنقد أقوال ثالثها يتخير الحاكم، وهذا يأتي في أصل المسألة، والمراد يخير، نظر واجتهاد لا سهوة وإيثار.

وقال ابن الرِّفْعَة: إذا باع عرضًا بعرض لا ينفي الأقوال الإجبار وحده، وعزاه إلى المحاملي والبغوي والإمام وغيرهم.

قال: **(وَإِذَا سَلَّمَ الْبَائِعُ أُجْبِرَ الْمُشْتَرِي إِنْ حَضَرَ الثَّمَنُ)** أي: سواء قلنا يجبر البائع أم لا؛ ولكنه تبرع والمراد بالحضور في المجلس، والمراد بالثمن نوعه الذي يقضي منه، فإن ما في الذمة قبل قبضه لا يسمى ثمنًا إلا مجازًا.

قلت: إن كان المراد إجباره على دفع الثمن في الجملة فذاك، وإن أريد إجباره على الدفع من غير ما حضر معه المجلس ففيه نظر إذا قال: أنا أحضر الثمن الآن من منزلي أو حانوتي ولا أدفعه من هذا ولا سيما إذا قرب مكان الإحضار، نعم إن ظهر للحاكم منه العناد والتسويف ظهر إجباره مما حضر معه، والله أعلم .**قال**: **(وَإِلَّا)** أي: وإن لم يكن الثمن حاضرًا.

(فَإِنْ كَانَ مُعْسِرًا فَلِلْبَائِعِ الْفَسْخُ بِالْفَلَسِ) أي: على المنصوص، وقيل: تباع السلعة ويقضي دينه منها، والمراد بالمعسر هنا ألا يملك غير المبيع، وسواء كان قدر الثمن أو أقل أو أكثر وهذا الفسخ يعين المفلس بعينه كما اقتضاه كلام الكتاب، والشافعي، والأصحاب، وحينئذٍ لا بُدّ من تقديم الحجر هنا وهو المشهور هنا، والحديث يقتضي عدم اشتراطه هناك.

هل تحسب الأعيان المبيعة حتى نشترط نقصان المال معها عن الوفاء أو لا؟ وجهان أصحهما تحسب والصحيح هنا خلافه، والفرق أن المفلس هناك سلطه البائع على البيع باختياره ورضي ذمته، وهنا لم يسلطه على التصرف؛ ولذلك حجر عليه بعد القبض قاله القاضي أبو الطيب وغيره، وفيه فائدتان:

أحدهما: إن مسألتنا مصورة بما إذا سلم بإجبار الحاكم حتى لو سلم تبرعًا

أَو مُوسِرًا وَمَالُهُ بِالْبَلَدِ أَو بِمَسَافَةٍ قَرِيبَةٍ حُجِرَ عَلَيْهِ فِي أَمْوَالِهِ حَتَّى يُسَلِّمَ، ....

لم يجز الفسخ إذًا وقت السلعة بالثمن على الأصح، وهذه فائدة جليلة، وكنت أود لو قيل: إن كان في السلعة غبطة ظاهرة له، ووجد في الحال من يشتريها منه في المجلس مثلًا، وينقد الثمن في الحال أنه يمكن من بيعه ولا فسخ.

مثاله: اشترى جوهرةً بألف وكانت تساوي ألفين، أو حضر راغب يشتريها بألفين والثمن حاضر مبذول، ولعل إطلاقهم محمول على غير هذه الصورة فإن هذا غير معسر أو لا يعد معسرًا.

الثانية: إذا نقصت السلعة هنا عن الثمن ولم يملك غيرها لا يأتي الوجه القائل بالبيع هنا بل يفسخ قطعًا، وهل يتوقف الفسخ على الحجر إن سلم متبرعًا؟ فنعم، أو مجبرًا فسيأتي.

قال: (**أَوْ مُوسِرًا وَمَالُهُ بِالْبَلَدِ أَو بِمَسَافَةٍ قَرِيبَةٍ حُجِرَ عَلَيْهِ فِي أَمْوَالِهِ حَتَّى يُسَلِّمَ**) لئلّا يضيعها فيفوت حق البائع.

وقال الْبَنْدَنِيجِي: إن أحضره قبل ثلاث وإلا كان البائع أحق بعين ماله، وهو غريب وربما ذكرت في «الغنية» في الفسخ باعتبار بالنفقة أو المهر ما يعضده، والمسافة القريبة هنا ما دون مسافة القصر.

وقيل: هي كالبعيدة هكذا أطلق الخلاف، وفي الأقلية بأن مسافة القصر ودونها في حكم البلد في حقيقة هذا الحجر، وجهان: أصحهما، وهو قول الجمهور أنه نوع آخر مخالف لحجر المفلس لا يعتبر فيضيق ولا يسلط على الرجوع، ويسمى الحجر الغريب ولا يفتقر إلى سؤال الغريم إلا على احتمال للروياني.

والثاني: أنه حجر فليس يراعي أحكامه وشروطه، واعلم أنا إذا قلنا بالمذهب، وكان ما له بالبلد فلا خلاف في الحجر، ونقل الْغَزَالِي عن ابن سُرَيْج أنه لا يحجر وصححه، وهو منتقد، ومنقول النهاية عن ابن سُرَيْج الحجر هاهنا، ويستمر بيد المشتري أن يأتي بالثمن فهو موافق للأصحاب في هذه الحالة، وهنا أشياء مهمة ذكرتها في «الغنية» **منها**: أن كلام الأصحاب عن

فَإِنْ كَانَ بِمَسَافَةِ الْقَصْرِ لَمْ يُكَلَّفْ الْبَائِعُ الصَّبْرَ إِلَى إِحْضَارِهِ، وَالْأَصَحُّ أَنَّ لَهُ الْفَسْخَ فَإِنْ صَبَرَ فَالْحَجْرُ كَمَا ذَكَرْنَا، ....

الإمام والغزالي والرافعي يقتضي أن الحجر إنما يكون إذا سلم بإجبار الحاكم، وما ذكره فيما إذا كان ماله بالبلد محمول على ما إذا كان متيسرًا فلو عجز عنه فينبغي أن يفسخ كالغيبة.

فرعان: لو امتنع المشتري قبل أن يحجر عليه من تسليم الثمن مع التيسر أو تغيب وأخفى ماله والمبيع بيده فلا فسخ للبائع في الأصح؛ لعدم عيب الإفلاس ويجريان فيما لو مات قبلها وامتنع الوارث من تسليم الثمن، وفيما لو استوفى البائع الثمن وامتنع من تسليم المبيع أو هرب أو تغيب وأخفى المال.

الثاني: هرب المشتري قبل قبضه المبيع وغاب غيبة معروفة أو منقطعة فإن كان له مال، وفى الحاكم الثمن منه، وإن كان محجورًا عليه رجع البائع في غير ماله بشرطه، وإن لم يكن له مال وليس محجورًا عليه، قال الشيخ أبو حامد وغيره: باع الحاكم المبيع ووفر الثمن وهو موافق لما سبق من اشتراط الحجر، فإن قلتَ: لم لا يحجر ويرجع البائع؟

قلتُ: لعل الحجر على الغائب ممتنع بخلاف الحكم.

قال: (**فَإِنْ كَانَ بِمَسَافَةِ الْقَصْرِ لَمْ يُكَلَّفْ الْبَائِعُ الصَّبْرَ إِلَى إِحْضَارِهِ**) أي: ليتضرر بتأخير حقه.

(**وَالْأَصَحُّ أَنَّ لَهُ الْفَسْخَ**) لما ذكرناه.

(**فَإِنْ صَبَرَ فَالْحَجْرُ كَمَا ذَكَرْنَا**) لئلا يفوت المال والحاصل في المسافة البعيدة ثلاث أوجه:

أحدها: وحُكى عن ابن سُرَيْج وادعى في «الوسيط» إنه الصحيح أنه يرد المبيع إلى يد البائع ويحجر على المشتري، ويمهل إلى الإحضار ولا يفسخ إلا إذا امتنع الوصول إلى الثمن بعينه شاء بيعه بعد مثلها امتناعًا.

والثاني: وصححه الْبَغَوِي تباع السلعة، ويوفى من ثمنها حق البائع.

والثالث: وصححه الجمهور أن له الفسخ للضرر في تأخير الثمن

وَلِلْبَائِعِ حَبْسُ مَبِيعِهِ حَتَّى يَقْبِضَ ثَمَنَهُ إِنْ خَافَ فَوْتَهُ بِلَا خِلَافٍ، وَإِنَّمَا الْأَقْوَالُ إِذَا لَمْ يَخَفْ فَوْتَهُ وَتَنَازَعَا فِي مُجَرَّدِ الِابْتِدَاءِ].

كالمفلس، فإن فسخ فذاك ولا يحتاج هذا الفسخ إلى تسليط الحاكم، وإن صبر فالحجر كما سبق والمسافة البعيدة مسافة القصر عند الجمهور.

وقال الْمَاوَرْدِي: إنها ثلاثة أيام. وفي مسافة القصر وجهان: أحدهما: كالحضر، والثاني: كثلاثة أيام وسبق عن الأقلية مسافة العدو هنا غيرها.

إشارات: قول المصنف لم يكلف البائع الصبر أي: خلافًا لابن سُرَيْج كما بيناه، وقوله: والأصح أن له الفسخ مقابلة ما صححه الْبَغَوِي، وقوله: فالحجر كما ذكرنا هو المشهور، وفي «الوسيط» عن العراقيين: إنه إنما يحجر حيث لا فسخ، إذ لا فائدة للحجر عند جواز الفسخ، وفي «الحاوي» في المسافة المتوسطة إذا ألحقناها بالبعيدة أنه إن صبر أطلق تصرف المشتري في المبيع وغيره.

فرع: اشترى عبدًا وسلم ثمنه فأبق قبل قبضه تخير في فسخ البيع وليس له استرداد الثمن قبل الفسخ، وقيل: له من غير فسخ، وقيل: يسترد إن أبق قبل التوفير ولم يعلم ولا خلاف أنه لا يلزمه التسليم إذا علم إباقه.

قال: (**وَلِلْبَائِعِ حَبْسُ مَبِيعِهِ حَتَّى يَقْبِضَ ثَمَنَهُ إِنْ خَافَ فَوْتَهُ بِلَا خِلَافٍ، وَإِنَّمَا الْأَقْوَالُ إِذَا لَمْ يَخَفْ فَوْتَهُ وَتَنَازَعَا فِي مُجَرَّدِ الِابْتِدَاءِ**) ما ذكره من نفي الخلاف هو طريقة الأكثرين، وهو الفقه، إذ لا يرهَق الإنسان إلى إضاعة ماله، والإمام وطائفة يرون أن الخلاف في البراءة خلاف في حق الحبس، وقد ذكره الرَّافِعِي؛ لكنه في«المحرر» اختار طريقة الجمهور، ويلائم طريقة الإمام أن الشافعي والأصحاب ذكروا أحوال الثمن في الغيبة والإعسار تفريعًا على الإجبار إلا أن يقال أن المراد إذا طرأت هذه الأحوال.

وقال القاضي الحسين: يجبر إذا كان المال بالبلد غائبًا عن المجلس، ولا يجبر في غيبته عن البلد وإفلاسه، انتهى.

وينبغي ألا يجبر إلا إذا كان المال في المجلس، وكان من نوع الثمن ووصفه حتى لو كان يحتاج في وفائه إلى بيع يوجب تأخيرًا لم يجبر.

(بَابُ التَّوْلِيَةِ والإِشْرَاكِ والمُرَابَحَةِ)

قال المصنف:

فروع: أحدها: أنه يؤجل الأجل قبل التسليم، هل يجبر عليه كما قبل الحلول؟ لكنهم تفصحوا فإنه يجبر إن خاف فوت الثمن كما قبل المحل، وقوة كلامهم تقتضي ذلك، وفيه بعد التوجيه المطالبة حينئذٍ؛ بل طريقة رفع الأمر إلى الحاكم عند وجود البينة وإلا فكمستحق ظفر كما هو مبين في مكانه.

الثاني: هل يستكسب المبيع في يد البائع لحق المشتري؟ وجهان في «النهاية» ينبغي أن يرجح الاستكساب حيث عذرناه بتأخير التوفير أو إجبار البائع الصبر إلى إحضاره الثمن لئلا تضيع المنافع عليه.

الثالث: لو استبدل عن الثمن شيئًا لم يكن حق الحبس لقبض البدل على الصواب وسبق ما وقع فيه ولو فسخ المشتري البيع بعيب فله حبس المبيع إلى أن يسترد ثمنه قالهما الْقَفَّال في الفتاوى، وعلله فى الأولى بأن بنقله حقه إلى العين قد أبطل حقه من الحبس إذ حق الحبس لاستيفاء عين الثمن وهذا بدله، انتهى.

وهو واضح، وبالله التوفيق وأسأله الإعانة.

قال الشارح: التولية: مصدر ولي تولية، كعلي تعلية وأصلها تعليل العمل، ثم استعملت فيما يأتي ذكره.

والإشراك: مصدر أشركه أي: صيَّره شريكًا.

والمرابحة: من الربح، وهو الزيادة ونقيضها المخاسرة، ولم يترجم لها وهي المحاطة. وفي مراسيل أبي داود بإسنادٍ ثقات عن ربيعة ابن عبد الرحمن قال: قال سعيد بن المسيب ﵁ في حديث يرفعه إلى رسول الله ﷺ: «**لا بأس في التولية في الطعام قبل أن يستوفي، ولا بأس بالشرك في الطعام قبل أن يستوفاه**»[1] وظاهره مشكل على المذهب كما سبق وحقيقة التولية والإشراك بيع بلفظ آخر.

---

(١) أخرجه أبو داود في «المراسيل» (١٨٤).

[اشْتَرَى شَيْئًا ثُمَّ قَالَ لِعَالِمٍ بِالثَّمَنِ وَلَّيْتُكَ هَذَا الْعَقْدَ فَقَبِلَ لَزِمَهُ مِثْلُ الثَّمَنِ، وَهُوَ بَيْعٌ فِي شَرْطِهِ وَتَرَتُّبِ أَحْكَامِهِ، لَكِنْ لَا يَحْتَاجُ إِلَى ذِكْرِ الثَّمَنِ. وَلَوْ حُطَّ عَنِ الْمُوَلِّي بَعْضُ الثَّمَنِ ....

(اشْتَرَى شَيْئًا ثُمَّ قَالَ) أي: بعد قبضه على الصحيح ولزوم العقد.

(لِعَالِمٍ بِالثَّمَنِ) أي: قدرًا وصفة.

(وَلَّيْتُكَ هَذَا الْعَقْدَ) أي: وليتكه، كما قال الجرجاني: سواء قال بما اشتريت أو سكت إذا عرفا معنى ذلك **(فَقَبِلَ)** أي: قبلتُ أو توليتُ.

(لَزِمَهُ مِثْلُ الثَّمَنِ) أي: قدرًا وصفةً وفيه تنبيه على أنه يشترط أن يكون مثليًّا فلو كان عرضًا لم يصح إلا أن يكون قد صار للمتولي.

فرع: اشترى بعرض وأراد أن يوليه بلفظ القيام أو أراده في عوض خلع أو امرأة في مميزها فوجهان، ولو أخبره بالثمن، ثم ولاه صح كما لو علم به فلو كذب في خبره فقبل كالكذب في المرابحة، وقيل: يحط قطعًا كذا ذكره المصنف، وفي «شرح الوجيز لصاحب التعجيز» أنه لا تصح التولية، وحكى الْمُتَوَلِّي طريقة أنه على القولين: في المرابحة. قال: **(وَهُوَ)** أي: هذا العقد.

(بَيْعٌ فِي شَرْطِهِ) أي: فلا يصح قبل القبض على الأصح ويشترط فيه جميع شروط البيع، وقيل: إذا لم يعلم المشتري قدر الثمن ففي انعقاده الخلاف المذكور في نظيره من المرابحة والزوائد الحادثة المنفصلة قبل التولية تبقى للمتولي.

قال: **(وَتَرَتُّبِ أَحْكَامِهِ)** أي: من سلامة الزوائد، وتحدد حق الشفعة وغيرها؛ لأنه ملك جديد.

قال: **(لَكِنْ لَا يَحْتَاجُ إِلَى ذِكْرِ الثَّمَنِ)** لإشعار لفظ التولية به وفي «التتمة» وليتكها اشتريت ولعله لم يرد به الاشتراط وقد يجيء في الصحة وجه كقوله: بعتك بما باع به فلان فرسه؛ لأن التولية بمثل الثمن؛ لأنه والمنقول الصحة.

قال: **(وَلَوْ حُطَّ عَنِ الْمُوَلِّي)** أي: البائع أولًا عن المُولي بالكسر.

(بَعْضُ الثَّمَنِ) أي: أوكله بعد التولية.

انْحَطَّ عَنْ الْمُوَلَّى.

وَالْإِشْرَاكُ فِي بَعْضِهِ كَالتَّوْلِيَةِ فِي كُلِّهِ إنْ بَيَّنَ الْبَعْضَ، فَلَوْ أَطْلَقَ صَحَّ وَكَانَ مُنَاصَفَةً، وَقِيلَ: لَا.

(انْحَطَّ عَنْ الْمُوَلَّى) لأنه وإن كان بيعًا جديدًا فخاصته وفائدته الشريك على الثمن الأول.

وقال القاضي الحسين: ينبغي جريان خلاف في جميع هذه الأحكام، ففي وجه يجعل المولي نائبًا عن المولى فتكون الزوائد للنائب ولا يجدد الشفعة ويلحقه الحُط وفي وجه تنعكس هذه الأحكام، ونقول هي بيع جديد والمذهب ما سبق؛ لأنه وإن كان بيعًا جديدًا فخاصته وفائدته التنزيل على الثمن الأول وعلى هذا لوحط قبل التولية بعض الثمن لم يصح التولية إلا بالباقي أو كله لم تصح التولية.

تنبيه: قال شارح: قوله: حُط -هو بضم الحاء- وهو أحسن من عبارة «المحرر» و«الشرح» و«الروضة» ولو حط البائع لشمولها حط البائع والوارث والحط، والواقع في زمن الخيار وبعده، انتهى.

وما ذكره في حط الوارث إن ساعد عليه النقل فذاك وإلا ففيه وقفه، وكذا لو حط من أوصى له البائع بالثمن والمحتال والظاهر أن العبرة بحط البائع فقط.

قال: **(وَالْإِشْرَاكُ فِي بَعْضِهِ كَالتَّوْلِيَةِ فِي كُلِّهِ)** فيما سبق من الشروط والأحكام.

(إنْ بَيَّنَ الْبَعْضَ) أي: فإن اتهمه لم يصح للجهالة واستعمل البعض معرفًا، والفصيح الأكثر خلافه.

قال: **(فَلَوْ أَطْلَقَ صَحَّ وَكَانَ مُنَاصَفَةً)** حملًا للإطلاق على ذلك كما لو أقرَّ بشيء لزيد وعمرو.

(وَقِيلَ لَا) أي: لا يصح وبه جزم الْبَغَوِي كما لو باع بألف ذهب وفضة، وهذا الوجه قوي جدًّا وليست مسألة الإقرار تحل وفاقًا على أن بينهما فرق، ولو قال: أشركتك مناصفة أو بالنصف فهو صريح، ولو قال: في النصف كان الربع له ولو لم يذكر العقد؛ بل قال: أشركتك فقط لم يصح قطعًا.

وَيَصِحُّ بَيْعُ الْمُرَابَحَةِ بِأَنْ يَشْتَرِيَهُ بِمِائَةٍ ثُمَّ يَقُولُ: بِعْتُك بِمَا اشْتَرَيْتُ وَرِبْحِ دِرْهَمٍ لِكُلِّ عَشَرَةٍ أَو رِبْحِ ده يازده.

وقال الإمام وغيره: لا بُدّ أن يقول أشركتك في بيع هذا أو في هذا العقد ويشبه أن يكفي أشركتك فيه وهو كناية، وله الرد بالعيب على من أشركه ثم هو يرد على الأول.

فرع: اشترى دارًا بألف ثم قال لآخر: اعط نصف ثمنها مشتركة بيننا ففعل لم تصر مشتركة؛ لأنه لم يوله البيع ولم يقل: أشركتك ولم يقل: هو والتولية بيع لا بُدّ فيها من القبول، قاله: الْقَفَّال في «الفتاوى».

قال: **(وَيَصِحُّ بَيْعُ الْمُرَابَحَةِ بِأَنْ يَشْتَرِيَهُ بِمِائَةٍ ثُمَّ يَقُولُ: بِعْتُك بِمَا اشْتَرَيْتُ)** أي: بمثله.

(وَرِبْحِ دِرْهَمٍ لِكُلِّ عَشَرَةٍ) عقد المرابحة يبنى فيه بالثمن على ثمن السلعة الأولى مع زيادةً ربح والبيع مساومة أولى منه، فإنه مجمع على حله وعدم كراهته ويجوز برأس المال إجماعًا من البائع وناقل منه وبأكثر عندنا وشرط المرابحة أن يكون رأس المال والربح معلومين وذلك بأن يسمي قدر الثمن والربح فلو لم يسم الثمن لعلمهما به.

فقال: بعتك بما اشتريت وربح كذا صح أما لو جهلا أو أحدهما ذلك فقال: بعتك برأس مالي صحَّ وربح شيء أو جهل الربح فقط لم يصح قطعًا، وكذا لو جهل قدر رأس المال، وقيل: يصح إن عرفه قبل التفرق، وقيل: يصح مطلقًا وتجري الأوجه فيما لو كان الثمن دراهم معينة غير معلومة الوزن والأصح البطلان.

إشارة: صورة المرابحة ما ذكره، وقوله: اشتريته بعشرة وبعتكه بأحد عشر ليس عقد مرابحة حتى لو كان كاذبًا فلا خيار ولا حُط، قاله: القاضي الحسين، وفيه وقفة.

قال: **(أَوْ رِبْحِ «دَهْ يَازْدَه»)** معنى «ده» بالفارسية: عشرة، و«يازده»: أحد عشر، ومعناه كل عشرة ربحها درهم وارده كل عشرة ربحها درهمان، ولا

وَالْمُحَاطَّةِ كَبِعْت بِمَا اشْتَرَيْتُ وَحَطِّ ده يازده عِوْدَانٌ وَيُحَطُّ مِنْ كُلِّ أَحَدَ عَشَرَ وَاحِدٌ، وَقِيلَ: مِنْ كُلِّ عَشَرَةٍ، وَإِذَا قَالَ: بِعْت بِمَا اشْتَرَيْت لَمْ يَدْخُلْ فِيهِ سِوَى الثَّمَنِ.

خفاء أن هذا فيما إذا عرفه كل منهما وينبغي اجتنابه خروجًا من خلاف جماعة من السلف فهم بين كاره ومحرم ومبطل لنا القياس على بيع كل شاة بدرهم ولا الثمن معلومًا فصار كما قال: بعتكه بمائة وعشرة مثلًا.

قال: (**وَالْمُحَاطَّةِ كَبِعْت بِمَا اشْتَرَيْتُ وَحَطِّ«دَهْ يَازْدَه»**) لما سبق وسمي مواضعةً ومخاسرةً.

قال: (**وَيُحَطُّ مِنْ كُلِّ أَحَدَ عَشَرَ وَاحِدٌ**) وبه جزم العراقيون كما في المرابحة.

(**وَقِيلَ: مِنْ كُلِّ عَشَرَةٍ**) فعلى هذا إذا كان قد اشترى بمائة يكون الثمن بتسعين وعلى الأول سبعين وعشرة أجزاء من كل عشر جزء من درهم.

قال: (**وَإِذَا قَالَ: بِعْت بِمَا اشْتَرَيْت لَمْ يَدْخُلْ فِيهِ سِوَى الثَّمَنِ**) أي: الذي لزم به العقد فلو حط بعض الثمن في زمن الخيار أو زيد فيه لم يجبر إلا بما لزم به العقد سواء باع بلفظ الشراء أو بلفظ القيام.

وفي «المهذب» عن أبي علي الطبري أنا إن قلنا المبيع ينتقل بنفس العقد لم يلحق به؛ لأنه ملكه بالثمن الأول فلم يتغير بما بعده وبه جزم الجرجاني في «التحرير» وإن حُط عنه بعد اللزوم بعض الثمن وباع بما اشتريت لم يلزمه الحط أو بما قام علي الذي لم يجبر إلا بالباقي، فإن حط كله لم يجز بيعه مرابحة لهذا اللفظ، ولو حط بعض الثمن بعد جريان المرابحة لم يلحق الحط المشتري.

وقيل: يلحق كالتولية والشركة وإلحاق الزيادة في زمن الخيار كالحط فيه، وكذا إلحاق الأجل والخيار ونقصانهما وزيادة المبيع ونقصانه كل ذلك يلحق على الأصح في الخيارين المجلس والشرط، وفي حط جميع الثمن في زمن الخيار أوجه أصحها على ما يقتضيه كلام الرَّافِعِي يبطل العقد.

والثاني: بقاؤه بيعًا، والثالث: يبقى هبةً، والرابع: يلغو الحط وإسقاط الأجل في مدة الخيار كحط بعض الثمن علي ما يقتضيه كلام الأصحاب.

وَلَوْ قَالَ: بِمَا قَامَ عَلَيَّ دَخَلَ مَعَ ثَمَنِهِ أُجْرَةُ الْكَيَّالِ وَالدَّلَّالِ وَالْحَارِسِ وَالْقَصَّارِ وَالرَّفَّاءِ وَالصَّبَّاغِ وَقِيمَةُ الصِّبْغِ وَسَائِرُ الْمُؤَنِ الْمُرَادَةِ لِلِاسْتِرْبَاحِ.

وقال القاضي الحسين: ينبغي أن ينفسخ؛ لأنه يؤدى إلي جهالة الثمن، وفي إلحاق الأجل تأجيل الحال لغير النذر والوصية إذا قلنا: ينتقل الملك بالعقد.

فرع: قوله: ثمنه كذا كقوله: اشتريته بكذا، قاله: الْبَغَوِي وغيره، وكذا قوله: رأس مالي كذا في الأصح، وقال القاضي أبو الطيب وابن الصباغ: هو قوله بما قام عليَّ ومقتضاه جواز ضم المؤن، وبذلك صرح الدارمي وصححه ابن الرافعة ولو ضم المؤن وقال: وزنت فيها كذا جاز لقوله: قامت عليَّ، قاله: الدارمي وفيه وقفة لأن المفهوم منه أو المتبادر وزن ذلك ثمنًا.

قال: (**وَلَوْ قَالَ بِمَا قَامَ عَلَيَّ دَخَلَ مَعَ ثَمَنِهِ أُجْرَةُ الْكَيَّالِ وَالدَّلَّالِ وَالْحَارِسِ وَالْقَصَّارِ وَالرَّفَّاءِ وَالصَّبَّاغِ وَقِيمَةُ الصِّبْغِ وَسَائِرُ الْمُؤَنِ الْمُرَادَةِ لِلِاسْتِرْبَاحِ**) أي: بحسبها وبضمها إلي الثمن، ثم يقول: قام عليَّ بكذا وقد بعتكه بما قام عليَّ وربح كذا وفي معني قام علي بكذا يثبت علي بكذا، أو حصل علي بكذا، قاله: القاضي أبو الطيب.

فإن **قلتَ**: أجرة الكيال على البائع الأول فكيف التصوير؟

قلتُ: ذكر له صور منها أن يكون الثمن مكيلًا فأجرة كيله على المشترى كوزن الثمن، أو يلزم المشترى مؤنة كيل المبيع كما قاله الْمُتَوَلِّي، ولعل صورته أن يقول اشتريته بكذا درهم أجرة الكيال، أو يشترى شيئًا جزافًا ثم يكيله ليعلم قدره لأجل المرابحة، أو يشتري الصبرة مع غيره للتجارة ثم يقتسماها كيلًا للتجارة، وأما أجرة الدلال ففسرها ابن الرِّفْعَة بما إذا كان الثمن عرضًا استأجر من يعرضه للبيع ثم اشترى السلعة به فيضم الأجرة إلى قيمة عرض الثمن وينبغي أن يفسر ممن عرض السلعة نفسها للبيع كما في أجرة الحارس والحمال، وقد يفسر بأنه كان قد يحملها عمن باعه كما قيل: في أجرة الكيال.

واعلم أن ما ذكر في أجرة الدلال والكيال حيث يوجب له الأجرة باستئجار أو جعالة، أما إذا لم يسم له شيء أصلًا كما هو العادة؛ فالوجه

وَلَوْ قَصَّرَ بِنَفْسِهِ أَو كَالَ أَو حَمَلَ أَو تَطَوَّعَ بِهِ شَخْصٌ لَمْ تَدْخُلْ أُجْرَتُهُ، ....

تخريج ذلك على الخلاف في استحقاقه أجرة فعلى المذهب لا يجوز الضم لأنه متبرع بالأجرة إلا أن يحكم بها عليه الحاكم، ثم ما ذكرناه من أجرة الكيال وغيره إذا التزمها وأداها أما لو التزم ولم يغرم بعد فلم يصرحوا بشيء؛ لكن الْمُتَوَلِّي فرض الكلام فيما إذا التزم، والشيخ أبو حامد فرضه فيما إذا اتفق لعل المراد التمثيل.

تنبيهات: أخرج بقوله: المؤن المرادة للاسترباح المؤن التي يقصد بها استيفاء الملك كالكسوة والنفقة المعتادة، وقد ذكر في «الكافي» عنده على الأصح فيهن نعم العلف الزائد عن المعتاد للتسمين يدخل في لفظ القيام هكذا أطلق.

وعبارة «الكافي» وكان القاضي الحسين يقول: إن أعلف الدابة فوق العادة للتسمين وسمنت يجوز أن يضم في لفظ أقام عليَّ، انتهى.

وقضيته أنها إذا لم تسمن لا يجوز ضمه وكذلك المكنس في لفظ القيام فقط لا أجرة رد المغصوب والآبق على الصحيح هكذا أطلق، وينبغي أنه إذا اشتراه مغصوبًا أو آبقًا وصححناه أن يكون أجرة رده كأجرة الطبيب وثمن الدواء إن اشتراه مريضًا دخل إلا إن حدث عنده في الأصح، والأصح من تردد الإمام أن مؤنة السائس كالعلف وقياسه مؤنة الراعي وينبغي أن ما زاد على المعتاد أن يكون الزائد لغرض الربح كالعلف للتسمين.

قال الدارمي: وإذا سافر فإنه يلزم السلعة ما لزم للسفر لأجلها فأما ما كان يلزمه في الحضر من أكل ونحوه فلا، والمراد بمنع الضم في هذه الأمور إذا لم ينص على ذلك، وأما إذا قال: بعتكه بما قام عليَّ وهو كذا وبما فديته أو أنفقت عليه وهو كذا وما أشبه ذلك فلا منع منه قطعًا، قاله الإمام وغيره.

قال: **(وَلَوْ قَصَّرَ بِنَفْسِهِ أَو كَالَ أَو حَمَلَ أَو تَطَوَّعَ بِهِ شَخْصٌ لَمْ تَدْخُلْ أُجْرَتُهُ)** أي: أجرة مثله في لفظ القيام ولا عبرة لأن عمله بنفسه لا أجرة له، وكذلك التبرع عليه من ذلك وغيره وحكم منفعة حرزه والمعار وعمل علامة حكم عمل نفسه، وإذا أراد دخول ذلك قال: اشتريته بكذا وعملت أو عمل لي

وَلْيَعْلَمَا ثَمَنَهُ أَو مَا قَامَ بِهِ فَلَوْ جَهِلَهُ أَحَدُهُمَا بَطَلَ عَلَى الصَّحِيحِ.

وَلْيُصَدَّقْ الْبَائِعَ فِي قَدْرِ الثَّمَنِ، وَالْأَجَلِ وَالشِّرَاءِ بِالْعَرْضِ، ....

فيه متبرعًا ما تساوي كذا وقد بعتكه بها وربح كذا، ولو صبغه بنفسه حسب قيمة الصبغ فقط لأنه عين الأجرة.

قال: (**وَلْيَعْلَمَا ثَمَنَهُ** أَو **مَا قَامَ بِهِ**) أي: إذا وقع البيع به.

(**فَلَوْ جَهِلَهُ أَحَدُهُمَا بَطَلَ عَلَى الصَّحِيحِ**) لجهالة الثمن.

والثاني: يصح لأن الثمن الثاني مبني على الأول ومعرفته سهلة.

والثالث: إن علماه في المجلس صح وإلا فلا.

والرابع: إن يحصل العلم في المجلس نقلت صحيحًا وأجرت المتون الثلاثة الأول فيما إذا كان الثمن كفى من الدراهم مجهول القدر وباع مرابحة قبل وزنها، وفي بيع السلعة برقمها فإن أراد في المرابحة فصحيح، أو مطلقًا فهو موافق لكلام الروياني عند الكلام فيما إذا باع به ترسه؛ لكن القاضي الحسين ادعى الاتفاق على البطلان وتخصيص الخلاف بالمرابحة.

قال: (**وَلْيُصَدَّقْ الْبَائِعَ فِي قَدْرِ الثَّمَنِ، وَالْأَجَلِ**) أي: فيجب بيانه وبيان قدره، وكذا وصف الثمن كالصحاح والمكسرة.

وفي «البحر» و«البيان» وجه أنه لا يجب الإجبار بالأجل وزيف، وقوله: ولنصدق هدم لام الأمر أي: يلزمه الإخبار بذلك إذا باع مرابحةً ويلزمه الصدق فيما يخبر به من ذلك وشبهه.

قال: (**وَالشِّرَاءِ بِالْعَرْضِ**) أي: يلزمه الإجبار بالشراء سواء باعه مرابحةً بلفظ الشراء أو بلفظ القيام بذكر أنه اشتراه بعرض قيمته كذا ولا يقتصر على ذكر القيمة كذا قالاه: في «الروضة» وأصلها.

قال بعض المتأخرين: ولم أره إلا في «التهذيب»، والذي ذكره الْمُتَوَلِّي وغيره خلافه ويشهد له ما ذكروا في العبد الذي هو بدل الصدق والخلع والإجارة ونظائرها إلا أن يلتزم ذلك في الجميع لكن ظاهر كلام الرَّافِعِي وغيره الاقتصار في تلك المسائل على ذكر القيمة، وسوى القاضي الحسين بين

وَبَيَانُ الْعَيْبِ الْحَادِثِ عِنْدَهُ.

العرض وتلك المسائل، وظاهر كلامه الاقتصار على القيمة، انتهى.

والذي في «التهذيب» أنه إن باعه بلفظ الشراء يقول: اشتريته بعرض قيمته كذا، وإن قال: بلفظ قام عليَّ يسمي قيمة العرض.

قال القاضي الإمام: ويجب أن يخبر أنه اشتراه بالعرض؛ لأن العادة التشديد إذا بيع بالعرض، انتهى.

وأراد بالقاضي شيخه القاضي الحسين وحذف صاحب «الكافي» هذه الزيادة واقتصر على ما قبلها من التفصيل، قال المعترض بعد إيراد كلام الشيخين موافقة للقاضي وفي «التتمة»: أن ذلك في لفظ الشراء أو رأس المال، وذكر في لفظ القيام أنه لا يجوز الإخبار بقيمة العرض، وفي النهاية حالة العقد ولا عبرة بارتفاعها بعد ذلك.

قال: وقد ذكر الرَّافِعِي في العبد الذي هو بدل الإجارة وما سبق ذكره معه أنه يجوز بلفظ القيام فليكن هذا كذلك فلا صواب ما في «التتمة»، وكذا قال الْبَغَوِي وغيره: إذا قال: بلفظ القيام يسمي قيمة العرض، انتهى.

وفي تصويبه نظر للبغوي عقب ما ذكره بكلام شيخه ولم يخالفه، وكذا فهمه الرَّافِعِي، وذكر الدارمي أنه إذا اشترى سلعةً هل تقوم السلعة التي اشترى بها؟ على وجهين، وإذا كان له عليه مال أو صالحه على سلعة أجر؛ لأن الصلح بيع، انتهى.

وقد يفرق بين العبد الذي هو بدل الإجارة ونحوها وبين باب التجارة والعرف وهو أصل الباب وحصل ما قاله: القاضي وتبعه الْبَغَوِي والرافعي والمصنف فهو الصحيح دليلًا وسيأتي ما يؤيده إن شاء الله تعالى.

نعم هل يرجع في التقويم إلى علم نفسه أم لا بُدّ من عدلٍ أو عدلين؟ فيه كلام ذكرته في «الغنية».

قال: **(وَبَيَانُ الْعَيْبِ الْحَادِثِ عِنْدَهُ)** أي: بين حدوثه عنده ولا شك أنه يجب بيان جميع العيوب القديمة والحادثة؛ لكن هنا أمر زائد وهو أنه لو بينها

....

ولم يقل أنها حدثت عنده لتوهم المشتري أنه كان عند المشتري كذلك، ولا ريب أنه لو اشتراه عالمًا بعيبه أو لم يعلم رضي أنه يجب بيانه ولا فرق بين حدوث العيب بآفة سماوية أو بجنايته أو جناية أجنبي.

قال الرَّافِعِي: سواء نقص العين أو القيمة وسنذكر أن ما ينقص العين فقط يجب الإخبار به دون حدوثه. أما منقص القيمة سواء نقص العين أم لا فلا يكفي بيانه؛ بل لا بُدّ من بيان حدوثه أما المشتري فله ذلك ثم علم بخبره وإن كان علم العيب قاله: الْمُتَوَلِّي وغيره.

فروع وتتمات: منها: إذا تعذر رده بعيب وأخذ أرشه فإن باع بلفظ القيام حط الأرش قطعًا أو بلفظ الشراء ونحوه ذكر ما جرى به العقد والعيب وأخذ الأرش فلو أخبر بالشراء بما بقي بعد الأرش كان كاذبًا، وكلام الْمَاوَرْدِي يقتضي جواز الإخبار عنه بلفظ الشراء.

وقال الدارمي: إذا حدث عيب ووجد عيبًا فأخذ أرشه حط جزمًا ولو جنى على السلعة فأخذ الأرش فهل يحط؟ تحيَّروا والأصل وجهين ولو قال: في مسألة العيبين بعد حط الأرش: وليس مالي كذا قاله الشيخ أبو حامد والقاضي أبو الطيب والمتولي: يجوز فإما أن يكون ذلك إلا بها كلفظ القيام على ما صححه الرَّافِعِي وتبعاه، وإما غير ذلك لأن رأس المال لا يعرض فيه لما وقع به العقد ابتداءً؛ بل معناه ما استقر عليه الحال وهو الأقرب بخلاف قوله: اشتريت بكذا، فإنه صريح في الثمن الأول، ولو قال: ثمنه كذا وذكر ما بقي بعد الأرش فمقتضى كلام الشيخ أبي حامد أنه يجوز وينبغي أن يكون كرأس المال؛ لأن بعد الأرش صار الباقي ثمنًا ورأس مال فيجوز الإخبار عنه باللفظين إذ لا كذب ولا تلبيس وفيه وقفة، ما ذكرناه فيما إذا أخذ الأرش، فلو لم يكن أخذه فكيف الحال؟ فيه نظر ذكرته في «الغنية» ونسبة أن يلزمه بيان الحال وشرحه لينظر المشتري نفسه.

ومنها: قالا: وإن اشتراه بدين على البائع فإن كان مليًّا غير مماطل لم يجب الإخبار به، فإن كان مماطلًا وجب، انتهى.

....

وفيه وقفة لأنه إن كان وجوب الإخبار لأجل ما ينفق من زيادة فينبغي أن الحكم مع ذلك وجودًا أو عدمًا، وإن كان لأجل المظنة فيحتمل التفصيل، ويحتمل إيجاب الإخبار مطلقًا؛ لأن الغالب رفع اليمين في الاعتياض فكيف الحال للمشتري كما سبق في البيع بالغرض لينظر لنفسه، ويحتمل أن يفرق بين الاعتياض عن دين القرض وغيره.

وقال الدارمي: إذا كان في ذمته مؤجلًا فأخذته قبل الحلولية سلعة لم يطلق ولم يجبر بالنقد، فافهم إنه إذا كان بعد الحلول إنه يجوز وذكر بعد ما يدل عليه.

ومنها: سبق أنه يجب الإخبار بالأجل على الصحيح، وقيل: لا، وهو قضية كلام الشيخ أبي حامد وتعليقه فإنه قال: ليس لنا فيه نص والذي يجيء على مذهبنا أنه مكروه، انتهى.

والحق تحريم كتمانه ووجوب الإخبار به إلا أن يطرد العرف ثم إن ذلك الشيء إنما يشترى مؤجلًا ويعلم البائع أن المشتري؛ إذ يخفى عليه ذلك ومتى احتمل الحق وجب البيان، نعم؛ قد يكون زمن خوف ونهب فيباع الشيء على الملكي الوفي نسبة تمثل ثمنه نقدًا تحصينًا للمال في الذمة فيظهر جواز الإطلاق هنا، وإذا وجب الإخبار بالأجل فهل يكفي قوله اشتريته مؤجلًا؟ لم يجب بيانه لأن الثمن يختلف بطول الأجل وقصره لم أرى فيه نقلًا والأقرب إيجاب البيان إلا أن يجري العرف بمدة معلومة في آجال البيع بالأسواق.

ومنها: قال الجمهور: ويجب الإخبار بالشراء من مال ولده الطفل؛ لأن الغالب أنه يتعين له وادعى الْغَزَالِي في «البسيط»: أن المذهب أنه يجب، وأصح الوجهين أنه لا يجب إذا كان البائع ولده الرشيد أو والده كالشراء من زوجته ومكاتبه، وفي «الشامل» ما يقتضي ترددًا في المكاتب والطفل، وكلامهم مثال وفي حكمه المجنون والسفيه والمحجور عليه، فهل يفترق الحال بين كونهم في حجره أم لا؟ لم أر فيه شيئًا، وهل غير الأب من الأصول كالأب؟ لم أر فيه نصًا.

....

ومنها: المذهب وجوب الإخبار بالعين وجعل الإمام والغزالي المذهب أنه لا يجب، قيل: وقد لا يريد ابنه الطفل ويريد البائع فإن كان الكلام في الوجوب فيما بينه وبين الله تعالى فينبغي إناطة ذلك بعلمه، فإن جاء في الموضعين وجب الإخبار فيهما أو في أحدهما وجب فقط وإلا فلا يجب مطلقًا مع أنه قد يستغني عن ذلك بالإخبار بالعين، وإن كان المراد بالضبط المظنة حتى يمكن المشتري من إثباتها وطلب الخيار بسببها فذلك معقود في العين، وإن أريد في العين الشراء بأكثر من القيمة لزم ثبوت الخيار متى كانت قيمة المبيع مرابحةً أقل من ثمنه المخبر به سواء تعين به أم لا، وفيه نظر وإن أريد بالعين المسامحة والأخذ بأزيد من القيمة بعرض كان ذلك أمرًا باطنًا لا يطلع عليه حينئذٍ، وإيجاب الإخبار فيما بينه وبين الله سبحانه وتعالى متجه، فنتج هذا أنه إذا سامح الابن البالغ دون الطفل وجب الإخبار على عكس ما قالوه.

قلت: لا شك في وجوب الإخبار فيما بينه وبين الله تعالى في الجميع ما اشترى بأكثر من القيمة لغرض خاص أو ظنًّا أنه يساوي ذلك ثم بان له خلافه ولا يجب عند عدمه في الجميع وفي ظاهر الأمر يجب الإخبار في الولد الطفل ونحوه على الرأي الظاهر لما سبق.

واعلم أن قضية كلامهم أنه لو انحط سعر السلعة وكان قد اشتراها بقيمتها أنه لا يلزمه بيان ذلك وفي النفس منه شيء، ثم المراد بالغبن -والله أعلم: ما لا يحمل مثله وإن أطلقوا.

والظاهر أنه لا فرق بين أن يعين جهلًا أو يتعين عالمًا لغرض.

ومنها: قال الدارمي: إذا اشترى سلعة فاستعملها، قال ابن الْقَطَّان: يجوز الإخبار بشرائها كالعبد بعبد، انتهى.

وظاهره أنه لا يجب بيان الاستعمال وكأنه في شيء لا يتأثر بالاستعمال وذكر غيره عن الصيمري أن مما يجب الإخبار به أن يكون قد استعمل السلعة زمانًا من غير تفصيل، وفي «البيان» أنه لا يجب الإخبار باستخدام العبد ونحوه

فَلَوْ قَالَ: بِمِائَةٍ فَبَانَ بِتِسْعِينَ فَالْأَظْهَرُ أَنَّهُ يَحُطُّ الزِّيَادَةَ وَرِبْحَهَا، وَأَنَّهُ لَا خِيَارَ لِلْمُشْتَرِي].

على المشهور، وذكر الصيمري أنه إذا استخدم أواخره لزمه الإخبار بذلك ولا وجه لإطلاقه ولا ريب أن كل ما حصل به نقص يجب الإخبار به كما في العيب الحادث عنده.

ومن ذلك أنه لو طال مكث السلعة عنده وكان ذلك منقصًا لقيمتها وذلك كالعبد يكبر وما أشبه ذلك أنه بمنزلة العيب الحادث عنده.

وهنا تتمات وفروع كثيرة: أشرت إليها كمسألة وطء الثيب، وأخذها الزيادات المنفصلة والفرق فيها بين ما قارن العقد وما حدث ومواطأة علامة ونحوها وغير ذلك وأوضحنا ما فيه.

قال: (**فَلَوْ قَالَ: بِمِائَةٍ فَبَانَ بِتِسْعِينَ**) أي: بإقراره أو بينة.

(**فَالْأَظْهَرُ أَنَّهُ يَحُطُّ الزِّيَادَةَ وَرِبْحَهَا**)؛ لأنه تمليك والثمن الأول فتحط الزيادة عليه كما في الشفعة.

والثاني: لا يحط شيء؛ لأنه ليس ثمنًا معلومًا وعقد به.

قال: (**وَأَنَّهُ لَا خِيَارَ لِلْمُشْتَرِي**) على قولنا: بالحط؛ لأنه رضي الأكثر فأولى أن يرضى بالأقل.

والثاني: يثبت الخيار لأنه إن بان بالإقرار ولم يؤمن، ثانيًا: وإن بان بالبينة فقد يكون له غرض صحيح في الشراء بذلك المبلغ لإنفاذ وصية أو إبرار قسم، وقيل: القولان إذا ثبت بالبينة فإن ثبت بالإقرار فلا خيار، وقيل: إن ثبت بالبينة فله الخيار وإلا فلا، ولنا وجه أو قول: أن العقد باطل إذا ثبت بالبينة أو صدقه المشتري.

تنبيهات: منها: صورة المسألة إذا قال: بعت برأس مال وهو مائة وربح كذا، فلو قال: اشتريته بمائة وبعتكه بمائة وعشرة يثبت حط ولا خيار إذا بان كذبه؛ لأن المشتري فرط حيث اعتمد قوله، قاله: القاضي الحسين.

ووقع في «النهاية» لو قال: بعتكه بمائة وهي ما اشتريت به فقبل ثم علم

قال المصنف: [وَلَوْ زَعَمَ أَنَّهُ مِائَةٌ وَعَشَرَةً وَصَدَّقَهُ الْمُشْتَرِي لَمْ يَصِحَّ الْبَيْعُ فِي الْأَصَحّ.

بكذبه فالمذهب إجراء القولين: في الحط وكأنه لم يكترث بتحرير العبارة، وعبارة ابن عبد السلام في «اختصاره النهاية» لو قال: بعت بما اشتريت وهو مائة وخذه، وأفاد الإمام أن قول الحط جاري مع علم المشتري بكذب البائع أيضًا، قاله القاضي الحسين.

ومنها: الظاهر أن هذا الخيار على الفور وأيّد ابن الرِّفْعَة احتماله أنه يدوم بدوام مجلس الاطلاع.

ومنها: القولان في الحط جاريان في حالة بقاء المبيع وتلفه على الصحيح الذي اختاره الرَّافِعِي؛ لأن المأخذ ورود العقد على ذلك القدر وهو لا يختلف.

وقال الْمَاوَرْدِي: يحط حالة التلف قطعًا، قال: الشيخ ونقله صاحب «المهذب»، والشاشي عن أصحابنا مطلقًا، انتهى.

وفيه نظر والأقرب حمل كلامهما على الخيار وقطع الأكثرون بل الخيار لا يثبت حالة التلف كخيار العيب.

وقال الرَّافِعِي: إن قلنا: بالحط لا يثبت وكذا إن لم نقل به في الأصح كالعيب.

فائدة: يجب الإخبار بالخطأ الطارئ فلو لم يخبر به فلاحظ لأنه زيادة، قاله الإمام، وعلى هذا لا يكون الإخبار بحدوثه، وإنما يجب الإخبار بالحدوث فيها بنقص القيمة أما منقص العين فقط فيجب الإخبار به لا بحدوثه.

قال الشارح: **(وَلَوْ زَعَمَ أَنَّهُ مِائَةٌ وَعَشَرَةً وَصَدَّقَهُ الْمُشْتَرِي لَمْ يَصِحَّ الْبَيْعُ فِي الْأَصَحّ)** أي: تنزيلًا للعقد على ثمن العقد الأول فيكون مجهولًا ولم يرض العاقد بخلاف المسألة السابقة، فإنه رضي به في ضمن رضاه بما هو أكثر وهذا ما صححه الْبَغَوِي والقاضي الحسين.

وقيل: إنه قطع به ونسبه الإمام والغزالي إلى الجمهور وهو قوي لأن فيه

قُلْت: الْأَصَحُّ صِحَّتُهُ، وَالله أَعْلَمُ.

وَإِنْ كَذَّبَهُ وَلَمْ يُبَيِّنْ لِلْغَلَطِ وَجْهًا مُحْتَمَلًا لَمْ يُقْبَلْ قَوْلُهُ: وَلَا بَيِّنَتُهُ، ....

التسوية بين المسألتين في تنزيل العقد الثاني على الأول، والتسوية في هذا المعنى تقتضي الصحة هناك والفساد هنا.

وينبغي أن يستثني ما إذا كان المشتري عالمًا عند العقد بذلك ويحكم بالصحة للعلم بالثمن وهو رأس المال وربحه .

قال: (**قُلْت: الْأَصَحُّ صِحَّتُهُ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ**)، هو مقتضى كلام العراقيين وبه جزم الْمَاوَرْدِي والمحاملي في «المقنع» والجرجاني والغزالي في «الوجيز» كما لو غلط لزيادة وحكي نصه في «الأم» و«المختصر» فعلى هذا قال الْمَاوَرْدِي: حسب الزيادة وربحها، وللمشتري الخيار وهو قضية كلام العراقيين وفاءً بمقتضى تنزيل العقد الثاني على الأول، وفيه إشكال جهالة الثمن وغرر لا يسهل احتماله.

والأصح في «الشرح» و«الروضة»، و«الوجيز» أن الزيادة لا تثبت وللبائع الخيار ولا يرد على الرَّافِعِي شيء لأنه وفي مقتضى التسوية صح واجتنب الجهالة التي لا تحتمل، وأما المصنف فلا شك التنزيل على الثمن الأول مطلقًا فتلغى الزيادة وطريقته مشكلة ويحتاج إلى الفرق حيث راعى هنا المسمى، وهناك العقد الأول.

قال: (**وَإِنْ كَذَّبَهُ وَلَمْ يُبَيِّنْ لِلْغَلَطِ وَجْهًا مُحْتَمَلًا لَمْ يُقْبَلْ قَوْلُهُ**)؛ لأنه رجوع عن إقرار تعلق به حق آدمي، قال: (**وَلَا بَيِّنَتُهُ**) ولأنه بإقراره السابق مكذب بها.

وقال ابن المفلس الظاهري في كتابه «على مختصر المزني»: يسمع لأن يكذب البينة إنما تكون بعد إقامتها وهذا الآن مصدق لها، ويجوز أن يكون في الأول ناسيًا أو غالطًا وما قاله: متجه وهو مذهب مالك؛ لأن المعتمد بالبينة وهو الآن يدع لبطلان قوله: الماضي وهو أمر ممكن وقد أقام به البينة؛ بل لو قال: كنت كاذبًا متعمدًا ينبغي سماع بينته؛ لأن الغلط والكذب في الماضي ممكن فدعواه الثانية محتملة، والبينة حجة شرعية مصدقة له فيقبل إلا أن يبين الأصحاب دليلًا على خلاف ذلك.

وَلَهُ تَحْلِيفُ الْمُشْتَرِي أَنَّهُ لَا يَعْرِفُ ذَلِكَ فِي الأَصَحِّ، وَإِنْ بَيَّنَ فَلَهُ التَّحْلِيفُ، وَالْأَصَحُّ سَمَاعُ بَيِّنَتِهِ].

قال: (**وَلَهُ تَحْلِيفُ الْمُشْتَرِي أَنَّهُ لَا يَعْرِفُ ذَلِكَ فِي الْأَصَحِّ**) لاحتمال إقراره.

والثاني: لا كما لا يسمع بينته، والوجهان عند القاضي الحسين والبغوي والرافعي إذا لم يبيِّن لغلطه محتملًا، فإن بيَّن فله التحليف، فإن نكل قال: هو لا، إن قلنا: أن اليمين المردودة كالإقرار ردت.

وإن قلنا: كالبينة فلا وقضيته عرض اليمين، وإن قلنا: لا يرد وفيه بعد لأنه إذا علم أن نكوله لا يرد بنكل فلا تفيد غرضها، والذي ذكره العراقيون والإمام والغزالي في «البسيط» أن في التحليف طريقان:

أشهرهما: إن قلنا اليمين المردودة كالإقرار فله التحليف وإلا فلا.

والثانية: عن أبي إسحاق إن كان له عذر فله التحليف وإلا فلا، ونقل الروياني عن القاضي الطبري أنه قال: يلزم أبو إسحاق أن يسمع بينة إذا كان اشتراه وكيله، ولا يسمع وهذا تصريح أن أبا إسحاق لا يسمع البينة حالة العذر وسيأتي.

وإذا قصرنا الكلام على حالة عدم العذر لم يأت في التحليف إلا وجهان، وتصحيح التحليف على طريقة الجمهور ظاهر؛ لأن الصحيح أن اليمين المردودة كالإقرار، وأما على طريقة الرَّافِعِي من حيث جعل الخلاف مطلقًا سواء جعلناها كالإقرار أو كالبينة فلا. قال: (**وَإِنْ بَيَّنَ**) لغلطه وجهًا محتملًا.

(**فَلَهُ التَّحْلِيفُ**)؛ لأن العذر تبين ظن صدقه، وقد بينا أن هذه طريقة القاضي الحسين والأكثرين بنوه على اليمين في الحالتين، وأبو إسحاق جزم بتحليفه في الحالتين.

وقال الإمام: ذكر صاحب «التقريب» أن من أصحابنا من قطع بتحليف المشتري إذا ذكر السبب ورد الوجهين إلى الإطلاق.

قال الإمام: إذا قطعنا القول بالتحليف لزم سماع البينة، فإنَّ يمين الرد لا يثبت إلا حيث يسمع البينة.

قال: (**وَالْأَصَحُّ سَمَاعُ بَيِّنَتِهِ**) أي: إذا بين وجهًا محتملًا قياسًا على

....

التحليف، والثاني: لا لتكذيبه لها، قال ابن الرِّفْعَة: في مطلبه، وهذا هو المشهور المنصوص، وقال: غيره جعل الرَّافِعِي التحليف لئلايحدث ذلك، وفرَّع عليه البينة إن قلنا: لا يحلف لم تسمع البينة وإلا فوجهان أظهرهما عند سماعها، والأكثرون عكسوا فقرروا أن البينة لا تسمع، ثم قالوا: إن قلنا: اليمين المردودة كالإقرار حلف وإلا فلا، وأطلق الشافعي والأصحاب أن البينة لا تسمع، ولم يفرقوا بين العذر وعدمه.

قال في «الإفصاح»: هذا إذا قال: توليت العقد بنفسي وقامت عليَّ بكذا ثم ادعى الزيادة لا تقبل دعواه ولا بينته، فإن أراد تحليفه احتمل وجهين وأشار إلى البناء المتقدم. قال: وإن قبل تولي ذلك وكيل وقد جرى على الغلط فيه، وذلك أن رسوله غلط فيه أو عملت على كتاب ورد منه ثم بان مزورًا سمعت بيمينه.

وقال الْمَاوَرْدِي: إذا أجبر في الأول على شراء وكيله أو عبده المأذون ثم عاد يذكر أن الوكيل أحط هل تسمع البينة؟ وجهان، وذكر القاضي الحسين أنه لا تسمع البينة، ثم قال: هذا إذا تولى الشراء بنفسه، فإن اشترى وكيله وظن أن وكيله اشتراه بمائة فبان بزيادة، أو قال: كتبت إلى وكيلي ثم بان بزيادة تسمع بينته بلا خلاف، ولأنه غير مكذب لها.

وقال الْمُتَوَلِّي: إن أخبر أولًا بلفظ القيام أن رأس المال، ثم قال: اشتراها وكيلي وبلغني أنه اشتراها بمائة والآن ظهر خلافه وأقام بينة تقبل حيث قال: اشتريتها بمائة، ثم قال: بمائة وعشرة، لم تسمع بيِّنته.

وقال الْبَغَوِي: إن قال: اشتريته بمائة، ثم قال: بمائة وعشرة وكذبه، لا تسمع بينته. وذكر الْغَزَالِي طريقة الجزم بالتحليف، ثم قال: وهذا متجه يجب طرده في قبول بينته وهذا بحث لا نقل.

والرافعي قال: إن تبين لغلطه وجهًا مثل اشتراه وكيلي وأخبرت أن الثمن مائة فبان خلافه، أو ورد علي كتابه فبان مزورًا، أو كنت راجعت جريدتي فغلطت؛ سمعت بينته في الأظهر.

....

قال ابن الرِّفْعَة: المشهور في المذهب عدم سماع البينة كما نص عليه، ولم نرَ من قال: بخلافه إلا في حالة إبداء عذر مقترن سببه بالعقد الأول كما عرفته عن الْمَاوَرْدِي، وعليه يحمل قول الرَّافِعِي، انتهى.

وحمل قول الرَّافِعِي بعيد والمشهور المعروف من كلام المتقدمين أنها لا تسمع وما سبق عن «الإيضاح» والقاضي الحسين مأخذه القياس على الرهن وهو مأخذ ضعيف؛ لأنه دال في التحليف لا في البينة، وفرق الْمُتَوَلِّي بين لفظ القيام والشراء في ذلك لا معنى له؛ لأن الغلط يمكن فيهما، وقول: الْبَغَوِي موافق للرافعي في اعتماده الوكيل ومراجعته الجريدة، لم أره لغير الرَّافِعِي.

وقد ذكر في آخر «الدعاوى» عما جمع من فتاوى وغيره أنه لو باع دارًا وادعى أنها وقف لم يسمع ببينته، وأن العراقيين قالوا: سمع إذا لم يكن مصرح أنها ملكه، وأن الروياني قال: لو باع ثم قال: بعت وأنا لا أملك ثم ورثته، فإن قال حين البيع: هو ملكي لم يسمع دعواه ولا بينته، وإن اقتصر على البيع سمعت نص عليه، وهذا بإطلاقه يخالف ما قاله: الرَّافِعِي هنا، وهذه مسألة تعم بها البلوى وسماع البينة فيها مشكل لما يقتضيه إطلاق الشافعي ومتقدمي الأصحاب.

وأما على ما قدمته من أنه ينبغي سماعها وإن تعمد الكذب فسهل سماعها عند إبداء العذر أولى؛ لكنه خروج عن المذهب ويدل على أن الأكثرين لا يفرقون بين العذر وغيره أنهم ردوا على أبي إسحاق حيث فرق في التحليف وألزموه بالبينة، وفيه ما يشعر بالاتفاق على عدم سماعها مطلقًا، ومن سمعها عند العذر ضمن. حكينا إن لم يتمكن تأويل كلامهم لم يحك فيه أحد خلافًا إلا الرَّافِعِي ولعله أخذه من ترتب البينة على التحليف.

ومن اعتقاده في التحليف عند العذر، خلافًا على قولنا: اليمين المردودة كالبينة وثبوت الخلاف صحيح، وأما كونه على قول: اليمين المردودة كالبينة فلم أعلم من قاله، انتهى. وهذا كلام الرَّافِعِي وتبعه في «الروضة» و«المنهاج» و«التصحيح».

بَابُ الأُصُولِ والثِّمَارِ

قال المصنف: [قَالَ: بِعْتُك هَذِهِ الْأَرْضَ أَو السَّاحَةَ أَو الْبُقْعَةَ وَفِيهَا بِنَاءٌ وَشَجَرٌ، فَالْمَذْهَبُ أَنَّهُ يَدْخُلَ فِي الْبَيْعِ دُونَ الرَّهْنِ.

وقال الدارمي: وإن قال البائع: أخبرني وكيلي أو كتاب ثم بان كذبه.

فقلت: الحق سمعت بينته هذا لفظه فجزم سماعه عند إبداء العذر، وهو ظاهر في منع رد كلام الرَّافِعِي إلى ما حاول ابن الرِّفْعَة رده إليه، وإذا سمعت البينة فهو كما لو صدقه المشتري، قاله: الْمُتَوَلِّي وغيره، فعلى رأي الرَّافِعِي يفيد العقد، وعلى ترجيح المصنف يصح ثم يجري الخلاف في ثبوت الزيادة، ولو باع محاطة ثم ظهرت الخيانة فالحكم كما ذكرنا في المرابحة، قاله الْمُتَوَلِّي، وبالله التوفيق، وللمسألة نظائر وأشباه كثيرة وهي من المهمات وقد ذكرت في «الغنية» شيئًا من نظائرها، والله أعلم.

أي: بيع الأصول والثمار. الأصول: الشجرة وكل ما يثمر مرة بعد أخرى، وقيل: الشجر والأرض والبناء وهو بعيد، قال شارح: أخذ المصنف هذه الترجمة من «التنبيه» ولم أرها لغيرهما، وقال في موضع: إنها مما انفرد به صاحب «المهذب» وليس كما قال: تابعهم منصور بل ذكرها منصور التميمي المصري في «المستعمل» بلفظ بيع الأصول في الثمار وهو ممن أخذه عن الربيع المرادي ونظرائه.

(قَالَ: بِعْتُك هَذِهِ الْأَرْضَ أَو السَّاحَةَ أَو الْبُقْعَةَ) أي: أو العرصة.

(وَفِيهَا بِنَاءٌ وَشَجَرٌ) أي: رطب ثابت.

(فَالْمَذْهَبُ أَنَّهُ يَدْخُلَ فِي الْبَيْعِ دُونَ الرَّهْنِ) محل الخلاف عند الإطلاق، فلو قال: بما فيها أو مع ما اشتملت عليه حدودها أو جوقة أقطارها دخل بلا خلاف، وكذا لو قال: بحقوقها على الأصح، وإن أطلق قبض في المبيع على الدخول وفي الرهن على عدمه وفيهما طرق المذهب تقرير النصين، والفرق أن البيع قوي ينقل الملك فاستتبع بخلاف الرهن، وقيل: فيهما قولان، وقيل: لا دخول فيهما قطعًا وصححه الإمام والغزالي وهو القياس.

....

ولهذا قال الرَّافِعِي: إنه لو صح في المعنى، وقيل: يدخل في البيع قطعًا، وفي الرهن قولان: ذكرهما الجوري وهو طريق حسن غريب يؤيده أن الثمرة غير المؤبرة تدخل في البيع جزمًا، وفي دخولها في الرهن قولان.

واعلم أن ابن حزم نقل في «المحكى» الإجماع على من اشترى أرضًا فهي له بكل ما فيها من بناء قائم وشجر نابت هكذا أطلقه وهو مذهب مالك وأبي حنيفة والحنابلة تبعوا أصحابنا في ذكر الخلاف كعاداتهم، فإن لم يثبت خلاف متقدم للسلف بطل التخريج.

تنبيهات: منها: الهبة كالبيع صرح به الدارمي والجرجاني وغيرهما، قال الدارمي: كذلك الوصية والوقف كالهبة، وذكر الرَّافِعِي أن الإقرار كالرهن، وفي «فتاوى الْقَفَّال» أنه كالبيع في الاستتباع والظاهر أن الإصداق وعوض الخلع وغيرهما من الأعواض كالبيع .

ومنها: قيدت قوله شجر بالرطب ولم أره نصًا؛ ولكن الأقرب إلى كلامهم الجزم به؛ لأنه لا يراد للدوام؛ ولهذا لو باعها لم تجب تبعيتها، ثم حكمها حكم الحجارة المودعة في الأرض إذا علم بها المشتري في وجوب التفريغ والتسوية، ويعضد ما ذكرته أن الغصن اليابس لا يدخل في مطلق بيع الشجرة لأنه صار في حكم المنقول، نعم لو كانت الشجرة اليابسة قد عرش عليها أو جعلت دعامة لجدار أو غيره صارت كالبناء القديمة أراد بها الاتقاء.

ومنها: عدَّ الْبَغَوِي شجر الموز مما يندرج على أصح الطرق، وقال الْمَاوَرْدِي: إن الأصل الموجود وقت العقد لا يدخل في البيع كالزرع أنه لا يبقى بعد سنة والفرخ الذي يستخلف كالشجر يدخل في البيع، انتهى.

ونص «الأم» محتمل لما قاله: الْمَاوَرْدِي وهو ما فهمه ابن الرِّفْعَة، ومحتمل لردائة الثمرة وهو ظاهر كلام الجوري.

ومنها: من الشجر ما يغرس بذره أو نواره فإذا طلع نقل إلى مكان آخر فيغرس فيه ويسمى نسلًا، ويقال: إنه أنفع وربما لو بقي مكانه لم ينفع فهذا النوع

....

لم يوضع في مكانه الأول للدوام فهل يتبع لغيره أو يكون كالزرع؟ فيه نظر، قيل: وينبغي أن يقال: إن كان ينقل من بعض تلك الأرض إلى بعضها دخل أو إلى غيرها فلا، ورأيته في مختصر الجويني وخلاصة الْغَزَالِي ما لفظه لفظ الأرض يدخل تحتها البناء والشجر الذي لا ينقل، وجرى عليه صاحب «المعتبر» فيحتمل أنهم احترزوا عن هذا النوع أو عن الشجرة الثابتة ويحتمل غير ذلك.

ومنها: جزم في «الاستقصاء» بدخول المسناة والسواقي وما بني بها طرقها ومشاربها من آجر وحجر وما صعد من الآكام والتلال الجارية مجرى الأرض في البيع والرهن، وجعل الطرق السابقة في البناء من قصر وغيره، ولم أره لغيره وسيأتي عن كلام الرَّافِعِي شيء يوافقه، وكلام «الحاوي» يقتضي جريان الخلاف فيها، حيث قال: إذا ثبت على المذهب دخول البناء والشجر في البيع وكذلك كل ما في الأرض متصلًا بها مسناتها سواء كان آجرًا أو حجارةً أو ترابًا، وكذلك تلال التراب وخوخاتها وبيدرها، والحافظ الذي يخطرها وسواقيها التي تشرب الأرض بها وأنهارها التي فيها وغير الماء إن كانت فيها، انتهى.

والظاهر أن صاحب «الاستقصاء» فهم ما ذكره من كلامه وأنه لم يرد التفريع على المذهب، ويؤيده ما ذكره في العين والنهر، فإن أرضها داخلةً قطعًا ولا يجري الخلاف فيهما، والعرف مطرد بذلك.

وقال صاحب «التعجيز في شرحه الكبير للوجيز»: ونفى من الحجارة قسم ثالث لم يذكره وهو أن تكون مبنيةً كالتي في أساس أو مسناة أو ساقية فحكمها حكم البناء الظاهر وفيه خلاف سبق، وغلط الرَّافِعِي فألحقها بالمخلوقة وفي التغليط نظر سنذكره.

ومنها: قال الرَّافِعِي: لا تدخل مسائل الماء في بيع الأرض وكذا لا يدخل شربها من النهر والقناة المملوكين إلا أن يشترط أو يقول: بحقوقها ومراده المسائل الخارجة عن الأرض المبيعة التي يصل منها إليها، وكذلك القناة والنهر، أما الداخلة فلا شك في دخول أرضها، وأما بناؤها ففيه ما أشرنا إليه، وأما قوله: أو لا يقول بحقوقها فعن أبي عاصم العبادي أنه لا يدخل عند

....

الإطلاق، وإن قال: بحقوقها ومقتضى كلام الإمام دخوله عند الإطلاق وعند التصريح بالحقوق، وقضية كلام الْمُتَوَلِّي هنا دخوله عند الإطلاق وجزم في إحياء الموات بأنه لا يدخل عند الإطلاق، وإن قال: بحقوقها الداخلة فيها والخارجة عنها فوجهان: وجه المنع أنه يقبل البيع استقلالًا فلا يدخل إلا بالتنصيص.

ومنها: لا خلاف أنه لا يدخل الشجر المقلوع والمقطوع من غير شرط، وكذا ما في الأرض من تراب منقول وسماد محمول بل ذلك للبائع لا يدخل إلا بالشرط أو يكون التراب أو السماد قد بسط في الأرض واستعمل، قاله: الْمَاوَرْدِي. وقد يقال: أن اشتراط دخول السماد المجموع مفسد للبيع لما لا يخفى بخلاف التراب الطاهر.

ومنها: في تراب الأرض أوجه: ثالثها: إن كان صغيرًا يمكن نقله صحيحًا على حاله من غير مشقة لم يدخل، وإن كان كثيرًا لا يمكن نقله إلا بتفصيل بعضه عن بعض ومشقة كبيرة لأنه يوضع على الدوام كالبناء.

قال الْمَاوَرْدِي: وإن كان في الأرض رحا وقلنا يدخل البناء في البيع دخل بيت الرحا وفي دخول حجارة الرحا ثلاثة أوجه.

قال الصيمري في «الإيضاح»: والصحيح أن يقال: إن كان مبنيًّا أو في حكم البناء دخل وإلا فلا، فجعل أربع أوجه.

قال الْمَاوَرْدِي: وأما دولاب الرحا الذي يديره الماء فتدير الرحا فهو بيع للرحا يدخل في البيع بدخوله ويخرج بخروجه وإلحاقه بالسفل أولى من إلحاقه بالعلو، انتهى.

ولا يبعد أن يقال: في هذه الصورة ونحوها إلى عرف الناحية أن المراد بشيء بيع.

ومنها: لو باع البناء والغراس لم يتعرضوا للأرض فتقاس الأرض التي بين البناء والشجر لا تدخل على المشهور، وقال الإمام في كتاب «الرهن»: إذا كان ما بين المغارس لا يتأتى إفراده بالانتفاع إلا على سبيل التبعية للأشجار

وَأُصُولُ الْبَقْلِ الَّتِي تَبْقَى سَنَتَيْنِ كَالْقَتِّ وَالْهُنْدَبَا كَالشَّجَرِ، ....

فوجهان، وذكر الدارمي أنه إذا باعه عرصةً أجمةً والقصد الغصب والبيت كانت الأرض بيعًا.

قال: ولو قال: بعتك هذه الأرض وما فيها من شجر ودواليب، وكذا وكذا وليس فيها حكى ابن الْقَطَّان عن الإصطخري في صحة البيع وجهين، انتهى. وهذا كلام مظلم.

قال الشارح: **(وَأُصُولُ الْبَقْلِ الَّتِي تَبْقَى سَنَتَيْنِ كَالْقَتِّ وَالْهُنْدَبَاء كَالشَّجَرِ)** فيجري فيها الطرق، والقَتُّ: بفتح القاف وتشديد التاء وهو الرطبة وهو الفصة بالغًا بالصاد المهملة ومن الأمثلة الكرفس والسداب والنعنع والكراث والطرخون والقصب الفارسي وأشجار الخلاف التي تقطع من الأرض كل مدة، والخلاف في أصولها . أما الحرة الظاهرة عند البيع فللبائع جزمًا، وعنها احترز بقوله: وأصول النقل وهو للبائع ترك ما ظهر إلى أوان جزه فيه وجهان في «الحاوي»:

أحدهما: نعم وهو قول من زعم أن ما طلع من ثمار النخل بعد العقد للبائع تبعًا لما طلع منها وأبر.

والثاني: لا ويؤمر بجزه في الحال، وهو قول من زعم أن الطلع الحادث بعد العقد يكون للمشتري وقضية هذا أن يكون الأصح عند الشيخين، الأول لما سيأتي، وقال الْبَغَوِي: لا يجوز البيع حتى يشرط البائع على نفسه قطع ما ظهر منه وتبعه الشيخان، والذي ذكره الشيخ أبو حامد والقضاة أبو الطيب والحسين والروياني والمتولي وغيرهم أن البائع يطالب بجزها في الحال، وليس له تركها إلى أوان جزها، وسكتوا عن وجوب اشتراط القطع في العقد فحصل ثلاثة أوجه، واشتراطه أغربها، والجمهور على وجوبه من غير شرط وذهبت طائفة إلى إبقائه إلى أوان جزه، وبه جزم الدارمي.

قال: ويجبر المشتري على تركه .

قلت: ينبغي حمل كلام الجمهور على ما إذا كان المقطوع باليًا عند قطعه وإلا فهو إتلاف أو تنقيص لغير المبيع، وسيأتي ما قيل فيه.

....

تنبيهات: قوله: (تبقى سنين) يفهم أن ما لا يبقى سنين لا يكون كذلك وإن جُزَّ في السنة مِرارًا بل يكون كالزرع وبهذا جزم الشيخ أبو حامد؛ فقال: حكمه حكم الزرع؛ كله للبائع، وفي «الحاوي» فيما يثمر في السنة مرارًا كالبطيخ والقثاء والخيار وجهين.

قال البغداديون: هو كالشجر للبائع ثمرته وللمشتري الأصل وما يظهر.

وقال البصريون: إنه كالزرع وهو قول: الشيخ أبو حامد، وقد يؤخذ من قول: المصنف التي تبقى سنين ومن قوله: ومن بعد سائر الزروع موافقته؛ لكن الرُّوياني في «الحلية» قال: قال الشافعي: شجرة القِثّاء والبطّيخ ببيع الأرض بإطلاق البيع وما ظهر منها للبائع يأخذها في وقتها، ونقله في «الذخائر» عن العراقيين مطلقًا ثم قال: ولم يخْلُ من خلاف، ومن أصحابنا من قال: هو على الخلاف في الشجر، انتهى.

وجزم الروياني بالتسوية فيما يجز دفعة بعد أخرى وبين ما بقي مدة يسيرة كالهندباء والجرجير وما يبقى سنين، ومقتضى كلامه أنه نص«الأم» وذكر معه كلام الحاوي، وما قاله: هو مقتضى كلامهم في الطريقتين حتى الْغَزَالِي في «الوجيز» كثر أو قلَّ.

وقوله: والهندباء يقتضي أنه مما يبقى أصله سنين، ومعلوم أنه لا يبقى إلا مدة يسيرة كما اقتضاه كلام الروياني وغيره، وبه يظهر أن قوله: سنين ليس بقيد وقد يكون الهندباء نوعان: أحدهما: ما ذكرنا، والثاني: يبقى أصله سنين.

وفيه بعد لا خلاف أن ما ظهر فيما ذكرناه من الأمثلة أثر من كلام المصنف عند البيع للبائع وقطع الشيخ بدخول أصولها في البيع لكمونها بخلاف الشجرة وعكس في«الوسيط» النقل عنه وذكر أنه قطع بأنها كالزرع يعني فلا يدخل وانتقد عليه حمله النبات خمسة أقسام:

أحدها: ما له أصل ثابت يبقى سنين كالبنفسج والنرجس فهو كالشجر.

وفي النرجس والبنفسج وجه شاذ: أنهما كالحنطة والشعير بأنهما ما له

....

أصل يبقى سنين كالقت وما قدمناه معه، والقسمان داخلان في صدر كلام المصنف؛ ولكنه مثَّل بالثاني.

وثالثها: ما يبقى أصله سنة يؤخذ ثمره مرات كالخيار والقثاء والباذنجان، وفيه وجهان سبقا، وكلام المصنف يشعر بموافقة الثاني.

ورابعها: أصل يبقى سنة ويجزه مرة بعد أخرى في السنة وهو كالذي قبله.

وخامسها: الحنطة والشعير ونحوهما وسيأتي إذا أوجبنا قطع ما ظهر عند العقد من النقول، أما على قول من اعتبر شرطه أو على قول من أوجبه بلا شرط.

قال الْمُتَوَلِّي: وتبعاه أنه لا فرق بين أن يكون ما ظهر قد بلغ أوان الجز أو لم يكن، وأطلقوا ذلك واستثنوا القصب الفارسي فإنه لا يكلف قطعه إلا أن ما ظهر قدرًا ينتفع به.

وقال الشيخ أبو حامد: إن القصب الفارسي لا يلزم البائع تحويله إلى وقت قطعه في العادة وهو زمن الشتاء، فإن قطع قبل ذلك الوقت تلف.

وكذا قال الجرجاني والروياني: لك أن تقول: للشيخين إذا أوجبتما شرط القطع فإما أن يكون عامًّا فيما ينتفع أو لا، فإن كان عامًّا يجب الوفاء به، وإن كان محله فيما ينتفع فأي معنى لاستثناء التفضيل ينبغي أن يكون كل ما لا ينتفع به يكون كذلك، والقول بوجوب شرط القطع فيما لا ينتفع به بعيد، ثم تأملت كلام الرَّافِعِي فلم أره ظاهرًا في موافقة الْمُتَوَلِّي على استثناء القصب، ولذلك لم يذكره في شرحه الصغير.

وقال شارح: في استثناء القصب نظر، والوجه أن يقال: القصب وغيره سواء إما أن يشترط الانتفاع في الجميع أو لا يشترط في الجميع وهو الأقرب بخلاف بيع الثمار قبل بُدوّ الصلاح والفرق أن ذلك مبيع فيشترط فيه المنفعة ولا كذلك هنا، انتهى وفي الفرق نظر.

وقال شارح آخر: يشترط على البائع قطع الجزء الظاهر سواء كان ما ظهر بالغًا من الجزء أم لا.

وَلَا يَدْخُلُ مَا يُؤْخَذُ كَحِنْطَةٍ وَشَعِيرٍ وَسَائِرِ الزُّرُوعِ. وَيَصِحُّ بَيْعُ الْأَرْضِ الْمَزْرُوعَةِ عَلَى الْمَذْهَبِ، ....

قال في «التتمة»: إلا القضب - أي بالضاد المعجمة - فلا يكلف قطعه إلا إذا كان المقطوع قدرًا ينتفع به قال في «المطلب»: وهو ظاهر النص، انتهى.

ولم أر الضبط - بالضاد المعجمة - لغيره وإنما أراد الْمُتَوَلِّي القصب - بالصاد المهملة - وهو القصب الفارسي كما بيناه وصرح به الْبَغَوِي، ومن كلامه نقل الرَّافِعِي المسألة ونوضحه أنه قال: وتبعه في «الروضة» وما يجز مرارًا كالقت والقصب إلى أن قال: قال في «التتمة» إلا القصب فإنه لا يكلف قطعه فجمع بين القت والقصب، ثم حكى استثناء القصب ومعلوم أن القصب بالصاد المعجمة هو القت كما فسره به أكثر اللغويين وغيرهم، وبعضهم يقول: هو القت الذي يقطع فينبت أصلها والله أعلم .

قال: (**وَلَا يَدْخُلُ**) أي: في مطلق بيع الأرض.

(**مَا يُؤْخَذُ كَحِنْطَةٍ وَشَعِيرٍ**) أي: وغيرهما من الحبوب.

(**وَسَائِرِ الزُّرُوعِ**) كالبصل والثوم والفجل والجزر والشلجم وهو اللفت.

قال ابن الرِّفْعَة: وألحق الرَّافِعِي بهذا النوع العلق وفيه نظر، لأنه يجتز أي: مرات فينبغي أن يلحق بما يجتز مرةً بعد أخرى.

قلت: العلق نوعان: أحد: يوجد دفعه وهو ما أراده صاحب «التتمة» و«الكافي» والرافعي، والثاني: ما يجز مرارًا في العام وهو المعروف بـ«مصر» وأكثر بلاد «الشام».

إشارة: كل زرع لا يدخل عند الإطلاق لا يدخل، وإن قال: بحقوقها.

قال: (**وَيَصِحُّ بَيْعُ الْأَرْضِ الْمَزْرُوعَةِ**) أي: ما يوجد دفعه.

قال: (**عَلَى الْمَذْهَبِ**) هي طريقة الجمهور.

وقال أبو إسحاق: فيها قولان كالدار المؤجرة، وفرق الأصحاب بأن يد المستأجر حائلة، وردوا عليه بأنه لو كان في معنى تلك الصورة لوجب القطع بالفساد لجهالة مدة الزرع كدار المعتدة بغير الأشهر، وأما الأرض المزروعة

وَلِلْمُشْتَرِي الْخِيَارُ إنْ جَهِلَهُ، وَلَا يَمْنَعُ الزَّرْعُ دُخُولَ الْأَرْضِ فِي يَدِ الْمُشْتَرِي وَضَمَانُهُ إذَا حَصَلَتْ التَّخْلِيَةُ فِي الْأَصَحِّ، وَالْبَذْرُ كَالزَّرْعِ، ....

بما يحصده مرةً بعد أخرى فيصح بيعها قولًا: واحدًا قاله: الْمُتَوَلِّي.

قال: (**وَلِلْمُشْتَرِي الْخِيَارُ إنْ جَهِلَهُ**) لأن الزرع عيب يمنع الانتفاع بالأرض، وصورة المسألة: أن يكون قد رأى الأرض بيضاء قبل ذلك ثم اشتراها وفيها زرع، ويحتمل أنه لو تباعدت منابت الزرع أن يكتفي برؤية ما ظهر منها مخالفًا العقد بخلاف ما لو تفاوتت وعطب وجه الأرض أو معظمه، وفي كلامهم ما يشهد للفرق ولو كان عالمًا فلا خيار له قطعًا.

قال ابن الرِّفْعَة: وهو ظاهر إذا لم يطرأ أمر يقتضي تأخير الحصاد عن وقته المعتاد فإنه الذي وطن المشتري نفسه عليه، أما لو تأخر فقد يقال ثبت له الخيار ويكون إذا أجَّر في استحقاقه الأجرة الخلاف المذكور والجاهل بها وأصل ذلك أن من علم بعيب المبيع وأقدم عليه فلا خيار له، فلو زاد ثبت الخيار على المشهور وإطلاق الشافعي والأصحاب يقتضي تركه إلى الحصاد سواء تأخر عن وقته المعتاد أم لا.

إشارة: قضية إطلاقه أن له الخيار حالة الجهل وإن رضي البائع بتسليم الزرع إليه أو قلعه وقلعه غير مضرٍ بالأرض، والذي نص عليه الشافعي والأصحاب أنه لا خيار له، ونسبة أن تكون صورة القلع فيما إذا أمكن في مدة قريبة وبه صرح الأئمة وسيأتي بيانه.

قال: (**وَلَا يَمْنَعُ الزَّرْعُ دُخُولَ الْأَرْضِ فِي يَدِ الْمُشْتَرِي وَضَمَانُهُ إذَا حَصَلَتْ التَّخْلِيَةُ فِي الْأَصَحِّ**) لوجود التسليم في المبيع.

والثاني: لا؛ لأنه لا يمكنه الانتفاع في الحال كالدار المشحونة، والفرق أن التسليم في الدار ثابت في الحال بالتفريغ فلا حاجة إلى التخلية قبله وربما سبق فيه أربع أوجه.

قال: (**وَالْبَذْرُ كَالزَّرْعِ**) قال أصحابنا: البذر كنباته، وإن كان يوجد دفعه كالحنطة لم يدخل في بيع الأرض وإلا دخل كالأشجار، ومراد المصنف القسم

وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ لَا أُجْرَةَ لِلْمُشْتَرِيْ مُدَّةَ بَقَاءِ الزَّرْعِ.

الأول ويبقى أوأن الحصاد، وللمشتري الخيار إن جهله كما سبق، فلو تركه له سقط خياره وعليه القبول.

فلو قال البائع: افرغ الأرض سقط خياره إن أمكن ذلك وفعله في زمن يسير لا يفوت عليه منفعة الأرض، فإن اشتراها عالمًا بالبذر فكعلمه بالزرع.

إشارة: أطلقوا أنه يبقى إلى حصاده، ويشبه أن يكون هذا فيما العادة فيه الإبقاء أما لو كانت العادة فيه أن يؤخذ فصيلًا رطبًا فأراد البائع إبقاءه إلى الحصاد على خلاف المعتاد أنه لا يلزم المشتري الموافقة على ذلك، وأما البذر الذي يدوم نباته فيدخل في بيع الأرض عند الإطلاق على المذهب، وبالشرط قطعًا تبعًا لعروق الشجر.

قال الروياني: لا فرق فيما يدوم أن يكون نبت، وجرت عروقه في الأرض أو لم ينبت وهو بحاله؛ لأنه دفنه للبقاء.

قلت: ويأتي فيما دُفِن نواةً ونحوه للنقل كالشتل.

قال: (**وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ لَا أُجْرَةَ لِلْمُشْتَرِيْ مُدَّةَ بَقَاءِ الزَّرْعِ**) أي: لا قبل القبض ولا بعده كما لو اشترى دارًا مشحونةً لا يستحق أجرة لمدة التفريغ، وعبارة قطع الجمهور بألَّا أجرة. وقيل: وجهان الأصح لا أجرة، وعبارة الرَّافِعِي فيه وجهان الذي أورده المعظم ألا أجرة ومحل الوجهين كما قال: الإمام في حالة الجهل وإجارته، أما في حالة العلم فلا يجب قطعًا واعلم أنه إما أن يشرط إبقاء الزرع أو يطلق، وحكمها الإبقاء إلى الحصاد، وفيه ما سبق فيما يفصل، وإن شرط قلعه فقد حكى الإمام في أواخر الصلح تردد للأصحاب في وجوب الوفاء ويشبه أن يكون في غير الفصيل في أوانه المعتاد فصل فيه، ثم عند الحصاد يؤمر بالقطع والتفريغ، وعليه تسوية الأرض، وقلع العروق المضرة بالأرض كعروق الذرة.

قال الروياني: وأصول القطن كما لو كان البذر أمتعةً لا يتسع الباب لها ينقص وعلى البائع ضمانه أي: أرش نقصه بالبعض.

قال القاضي أبو الطيب: ويحتمل أن يقال: يلزمه مياؤه كما يلزمه تسوية

وَلَوْ بَاعَ أَرْضًا مَعَ بَذْرٍ أَو زَرْعٍ لَا يُفْرَدُ بِالْبَيْعِ بَطَلَ فِي الْجَمِيعِ، وَقِيلَ فِي الْأَرْضِ قَوْلَانِ.

الأرض، ورأيت في كتاب «الغصب» من فروع ابن الْقَطَّان أنه لو أودعه فصيلًا فأدخله الدار فكبر فللمودع أن ينقض الباب لإخراجه، وعليه أن ينفق على الباب فيرده إلى ما كان، وذكر في صوره ما لو شرد الفصيل ودخل دارًا أقام بها حتى كبر ولم يمكن إخراجه إلا بنقض الباب وإن القاضي ابن أبي هريرة كان يقول: على ربِّ الدار نقض الباب، وعلى ربِّ الفصيل أن يثبته له، انتهى. وسنعيد المسألة إن شاء الله تعالى في الغصب ففيها خبط كثير.

فروع: لو أراد البائع درسه مكانه لم يمكن إلا برضا المشتري، وإن شق نقله إذا أخرنا الزرع إلى الحصاد فالمراد أول أوقاته لا حقيقة بل أول مكانه دون نهايته أو مدة تزيد في ثمنه ووجه باقتضاء العرف ذلك، قاله القاضي أبو الطيب وغيره، ولو انقلع الزرع قبل المدة، وفي حكم القلع ما لو حف بآفة أو جز وجب تسليم الأرض، قاله الْمَاوَرْدِي وغيره.

وفي حكم القلع ما لو حف بآفة ولو كان مما جز قبل حصاده قوي استخلف كالدخن يجز قبل حصاده فله إبقاء الأصل الباقي إلى حصاهه لا استيفاء ما استخلف، وفرَّع بعد الحصاد، وعلى البائع قلعه، ولا يملك المشتري بخلاف القت ونحوه لا رد إلى أصل ثابت وهذا فرع زائل، قاله: الْمَاوَرْدِي.

قال: **(وَلَوْ بَاعَ أَرْضًا مَعَ بَذْرٍ أَو زَرْعٍ لَا يُفْرَدُ)** أي: كل منهما.

(بِالْبَيْعِ) كما سيأتي.

(بَطَلَ فِي الْجَمِيعِ، وَقِيلَ فِي الْأَرْضِ قَوْلَانِ) لا يصح بيع البذر وحده قطعًا.

وأشار القاضي حسين إلى وجه فيه نعم لو رأى من قبل، ولم يمض عليه زمن يتغير فيه وأمكن أخذه من الأرض بلا مشقة شديدة صح، وكلامهم محمول على غير هذا البذر به، وإذا باعه مع الأرض فإن كان مما يدخل في البيع فإن كان مما يبقى نباته قال الْمُتَوَلِّي كان ذكره تأكيدًا وقطع بذلك غيره كما

وَيَدْخُلُ فِي بَيْعِ الْأَرْضِ الْحِجَارَةُ الْمَخْلُوقَةُ فِيهَا، دُونَ الْمَدْفُونَةِ، وَلَا خِيَارَ لِلْمُشْتَرِي إنْ عَلِمَ، ....

سبق، وينبغي أن يكون كبيع الجارية وحملها إلا أن يكون رآه قبل ذلك فيصح، وإن كان مما لا يدخل عند الإطلاق فنص في العقد عليه فثلاثة طرق: أصحها القطع بالبطلان فيهما كما ذكره تفريعًا على المذهب في الإجارة بالقسط، وهي متعددة هنا والباقي يبطل في البذر وفي الأرض والبذر تبعًا له.

وجعل الروياني محل الخلاف إذا لم يجهل جنسه وصفته فإن جهلها لم يجز قولًا واحدًا وهذا منه على المشهور في بيع الغائب، وفيه طريق أنه يجوز بيع الحمل، وأفاد المحاملي أن قول الصحة هنا جاز وإن منعنا بيع الغائب لما أشرنا إليه من التبعية وهو كما قال.

فرع: إذا باع الأرض مع الزرع وهو بقل أو فصيل صح من غير شرط القطع صرح به الأصحاب؛ لأنه مانع وإن اشتد وهو مما يصح بيعه في سنبله صح أيضًا، وإن كان مما لا يصح بيعه في سنبله وهو مراده بقوله: لا تفرد فباعه مع الأرض ففيه الطرق الثلاثة السابقة ولا يقطع بالبطلان، ذكره الرَّافِعِي ووجهه جهالة ما في السنبل فيتعذر التقسيط عليه.

قال: **(وَيَدْخُلُ فِي بَيْعِ الْأَرْضِ الْحِجَارَةُ الْمَخْلُوقَةُ فِيهَا)** لأنها من أجزائها كالمعادن وغيرها وكذلك المبنية فيها على المذهب في دخول البناء، واقتضى كلام الرَّافِعِي و«الروضة» أنها كالمخلوقة، وابتعد ذلك وادعى أنه غلط وأنها كالبناء الظاهر وفيه نظر في القسمين، إن كانت تضر بالزرع والغرس أو بأحدهما فعيب إن كانت الأرض تقصد ذلك، وقيل ليس بعيب وفي هذا وما ذكراه في المبنية مزيد كلام أوضحته في «الغنية» وفي ضمنه فوائد الجزم بدخول المبنية للدوام منقح جدًا كما بينته هناك .

قال: **(دُونَ الْمَدْفُونَةِ)** لأنها ليست من أجزاء الأرض ولا متصلة بها فلم تدخل كالكنوز وإلا فليشبه وإنما يدفن إلى وقت الحاجة إليها.

قال: **(وَلَا خِيَارَ لِلْمُشْتَرِي إنْ عَلِمَ)** أي: كسائر العيوب سواء حصل ضرر

وَيَلْزَمُ الْبَائِعَ النَّقْلُ، وَكَذَا إِنْ جَهِلَ وَلَمْ يَضُرَّ قَلْعُهَا، ....

أم لا ، سواء كانت الأرض مشتملة على بناء وشجر أم لا .

قلت: إن كان المراد أنه علم بها علم إحاطة بقدرها وما يتولد من بنايتها من الضرر فواضح إن كان المراد أعم من ذلك ففيه نظر لا يخفى وجهه .

قال: **(وَيَلْزَمُ الْبَائِعَ النَّقْلُ)** أي: ويجبره المشتري عليه سواء أضر بقاؤها أم لا.

وقيل: إذا لم يضر لم يجبر وليس بشيء ويخالف الزرع فإن له أمد ينتظر ولا أجرة للمشتري في مدة النقل والقلع، وإن طالت كما لو اشترى دارًا فيها أقمشة يعلمها فلا أجرة له في مدة نقلها، وعلى البائع تسوية الأرض كما سنوضحه وله النقل من غير رضا المشتري ولو سمح بها لم يلزم المشتري القبول .

قال: **(وَكَذَا إِنْ جَهِلَ وَلَمْ يَضُرَّ قَلْعُهَا)** أي: لا خيار للمشتري وللبائع النقل وعليه تسوية الأرض كما سيأتي، وللمشتري إجباره على النقل إن ضر تركها، وكذا إن لم يضر على الصحيح وإن لم يثبت الخيار إذا ضر تركها كما لو اشترى دارًا فلحق سقفها خلل يسير أي: قبل القبض يمكن تداركه، أو كانت منسدة البالوعة فقال البائع: أنا أصلحها وأنقيها لا خيار للمشتري، فكذا هنا بالقلع يزول الضرر، ولو أن البائع تقاعد عن ذلك ولم يبادر إليه ففي كلام بعضهم ما يفهم ثبوت الخيار.

قال ابن الرِّفْعَة: وقد يقال يجبر عليه محافظة على بقاء العقد.

إشارة: قال شارح بعد قول المصنف: وكذا إن جهل ولم يضر قلعها أي: ولا تركها فافهم.

إنه إذا ضر تركها دون قلعها ثبت الخيار، والمنقول في «الشرح» و«الروضة» وغيرها كما سبق .

قال: **(وَإِنْ ضَرَّ)** قلعها **(فَلَهُ الْخِيَارُ)** سواء ضر تركها أم لا ؛ دفعًا للضرر، قاله شارح آخر هنا: بعد ذكره ما سبق.

قال الرَّافِعِي: سواء جهل أصل الأحجار أو كون قلعها مضرًّا، وكلام غيره

وَإِنْ ضَرَّ فَلَهُ الْخِيَارُ، فَإِنْ أَجَازَ لَزِمَ الْبَائِعَ النَّقْلُ وَتَسْوِيَةُ الْأَرْضِ.

يقتضي فيما إذا ضر قلعها ثبوت الخيار سواء جهل أصلها أو كون قلعها مضرًّا أو كون تركها مضرًّا فأهمل الرَّافِعِي الجهل بضرر الترك ولا بُدّ منه؛ لأنه وحده يكفي للخيار وعلى ما يقتضيه كلام الأصحاب، انتهى.

وهو ظاهره يخالف ما سبق ووافق عليه أنه إذا ضر تركها فقط أنه لا خيار للمشتري. وقال في قطعة له في «شرح المهذب»: وإن كان جاهلًا بالحجارة وبضررها إما في القلع وإما في الترك فله الخيار هكذا يقتضيه كلام الأصحاب.

وقال الرَّافِعِي: له الخيار سواء جهل أصل الأحجار أو كون قلعها مضرًّا فأغفل قسمًا آخر لم يشمله كلامه وهو ما إذا كان عالمًا بالأحجار وبكون قلعها مضرًّا؛ ولكن جهل كون تركها مضرًّا فمفهوم كلامه أنه لا يثبت له الخيار وليس كذلك؛ لأنه لا فرق بين ضرر الترك وضرر القلع في ذلك وقد يطمع في أن البائع تركها فلا يحصل ضررًا، انتهى، فليتأمل.

ولو رضي البائع بترك الأحجار فتفريعه مشهور وذكرت منه طرفًا في «الغنية».

قال: **(فَإِنْ أَجَازَ)** أي، أمضى العقد.

(لَزِمَ الْبَائِعَ النَّقْلُ) لتفرع ملكه، وفي إجبار المشتري على قول هبته الحجارة خلاف مبني كما قال أبو الطيب على القولين في هبة الثمار، وسيأتي إن شاء الله تعالى.

قال: **(وَتَسْوِيَةُ الْأَرْضِ)** نص عليه الشافعي والجمهور، وقيل فيه وجهان.

وقال الْمَاوَرْدِي: إن كان بعد القبض وجبت، وإن كان قبله لم تجب التسوية وجهًا واحدًا؛ ولكن للمشتري الخيار لأنه عيب، وهذا حسن صحيح.

وقال الروياني: إنه أظهر وبه قال الشيخ أبو حامد، وهل التسوية عبارة عن إعادة التراب المزال بالقلع من فوق الحجارة إلى مكانه، أو تسويتها بما فيها حتى لا يبق حفر؟

لم يفسروه وفسره ابن الرِّفْعَة بالأول، ويخيل إيجاب إحضار تراب آخر من خارج يسويٍّ به الأرض بعد ذلك.

وَفِي وُجُوبِ أُجْرَةِ الْمِثْلِ مُدَّةَ النَّقْلِ أَوْجُهٌ. أَصَحُّهَا تَجِبُ إِنْ نَقَلَ بَعْدَ الْقَبْضِ لَا قَبْلَهُ.

واعلم أن النص في الغاصب إذا حفر لزم الأرش بخلاف البائع، قيل فيهما قولان: بالنقل والتخريج كما سيأتي.

قال: **(وَفِي وُجُوبِ أُجْرَةِ الْمِثْلِ مُدَّةَ النَّقْلِ أَوْجُهٌ أَصَحُّهَا تَجِبُ إِنْ نَقَلَ بَعْدَ الْقَبْضِ)** أي: لتفويته على المشتري منفعة تلك المدة.

(لَا قَبْلَهُ) لتغيب البائع إذا جعلناه كالآفة السماوية.

والثاني: يجب مطلقًا بناءً على أنه كالأجنبي في الخيانة.

والثالث: لا يجب مطلقًا؛ لأن إجارة المشتري رضي منه بتلف المنفعة هذه المدة، وصححه الشيخ أبو حامد، ووجه أيضًا بأن قبض الأرض وفيها الحجارة ليس قبضًا تامًّا.

قال الرَّافِعِي: وتجري الأوجه في وجوب الأرش أو بقي في الأرض بعد التسوية عيب، انتهى.

ومقتضاه أنه يجب بعد القبض الأرش مع الأجرة على الأصح عنده، وفيه بعد وقد يوجد من كلامه هذا أن المراد حقيقة التسوية لا ما فسرها به ابن الرِّفْعَة كما سبق، لأن ذلك يبقى معه عيب الحفر لا محالة.

تنبيه: جميع ما ذكرناه في أرض بيضاء، فإن كان فيها غراس يوم البيع واشتراه مع الأرض وغيرهما، وإن أخذ به المشتري عالمًا بالأحجار؛ فللبائع أرشها ولا يضمن أرش نقص الغراس وإن أحدثه جاهلًا فلا خيار له في الأصح؛ لأن الضرر في المبيع، وإن كانت الأرض تنقص أيضًا بالأحجار فإن لم يحصل بالغرس وقلع الغرس نقص في الأرض فله القلع والفسخ، وإن حصل فلا فسخ لأنه يرد المبيع ناقصًا وجيزًا؛ لكن يأخذ الأرش وإذا قلع البائع بنقص الغراس لزمه أرش النقص ولو كان فوق الأحجار زرع لأحدهما ترك إلى أوان حصاده على ما صححه المصنف.

قيل: هي كالغراس، قال الفوراني: وإذا قلع البائع الأحجار بعد الحصاد فعليه تسوية الأرض.

وَيَدْخُلُ فِي بَيْعِ الْبُسْتَانِ الْأَرْضُ وَالشَّجَرُ وَالْحِيطَانُ، وَكَذَا الْبِنَاءُ عَلَى الْمَذْهَبِ.

قال: (**وَيَدْخُلُ فِي بَيْعِ الْبُسْتَانِ: الْأَرْضُ وَالشَّجَرُ وَالْحِيطَانُ، وَكَذَا الْبِنَاءُ عَلَى الْمَذْهَبِ**) أما دخول الأرض والشجر فواضح وفي حكم الشجر أصل ما له ثابت من النبات كما سبق والظاهر أن بذره ونواه كما سبق في بيع الأرض.

وأما حيطانه وما سواها من الأبنية ففيها طرق:

أحدها: إجراء الخلاف السابق في جميعها كما هو في دخولها تحت اسم الأرض.

والثانية: تدخل مطلقًا قطعًا وبه جزم القاضي أبو الطيب وغيره، وهو قوي؛ لأن اشتمال البستان على الأبنية كثير واسم البستان يشملها.

والثالثة: الجزم بدخول الحائط وتخصيص الخلاف بما سواه، وعليه جرى الشيخان تبعًا للبغوي، وادعى ابن الرِّفْعَة في «الكفاية» أنه لا خلاف في دخول حائطه وإنما الخلاف في البناء الداخل فقط، وليس كما قال: وضعّف الروياني هذه الطريقة، وإيراد الأكثرين مائل إلى الطريقة الأولى، وصححها الخوارزمي في «الكافي».

وحاصل الطرق أوجه، ثالثها يدخل الحائط المحيط دون غيره، وكذا صنع ابن الرِّفْعَة في مطلبه.

فروع: الباع: اسم أعجمي معناه البستان فإذا قال: بعتك هذا الباع فكقوله هذا البستان إذا عرفا معناه، ولو قال: الكرم.

قال الرَّافِعِي: ذكروا أن لفظ الكرم كلفظ البستان؛ لكن العادة في نواحينا إخراج الحائط مسمى الكرم، وإدخاله في مسمى البستان، ولا يبعد أن يكون الحكم على ما مر الاصطلاح به.

وقال: في التعريش الذي يوضع عليه القضبان، ولقد تردد الشيخ أبو محمد والظاهر عند دخوله.

وقال غيره: واختار الإمام القطع بدخوله وجزم في «الشرح الصغير» بأنه الأظهر، ولو قال: هذا الحائط البستان، وحكى في شرح الكتاب عن

وَفِي بَيْعِ الْقَرْيَةِ الْأَبْنِيَةُ وَسَاحَاتٌ يُحِيطُ بِهَا السُّورُ، لَا الْمَزَارِعُ عَلَى الصَّحِيحِ].

الْبَنْدَنِيجِي أنه لو كان البستان محوطًا فقال: بعتك هذا الحائط تناول الجدار وحده، قال أي: لأنه المحقق وإن كان لفظ الحائط يطلق عليه وعلى البستان، انتهى وهو غريب.

والحائط في اللغة: البستان إذا كان عليه الحائط وربما أطلق على البستان مطلقًا وهو عُرف أهل الحجاز، فالوجه أنه إذا قاله: بناحية يسمونها كذلك أن يكون كقوله: بالبستان وأولى، وإن لم يكن عرفهم ففيه نظر، وبيع حائط البستان بمفرده غير معهود ولا سيما من جميع الجوانب، على أن ابن الرِّفْعَة قال في «الكفاية»: ولا خلاف له إذا قال: بعتك هذا الباع أو البستان أو الحائط وهو جزء منه دخل فيه الأرض والأشجار والحيطان ومجاري الماء، وإن كان فيه بناء فعلى الخلاف، انتهى.

وهو جزء منه على طريقة الْبَغَوِي والرافعي كما سبق، والظاهر أن قوله: هذه الحديقة أو هذه الجنينة في «الشام» كقوله هذا البستان.

قال: (**وَفِي بَيْعِ الْقَرْيَةِ الْأَبْنِيَةُ وَسَاحَاتٌ يُحِيطُ بِهَا السُّورُ**) سورها وكذلك السور قطعًا؛ لأن الجميع داخل تحت اسمها، ولو كان خارج سورها أبنية متصلة به حدودها فالأشبه دخولها ويشملها قوله الأبنية ولم أر فيها تصريحًا، وإن لم يكن على القرية سور دخل ما اختلط ببنائها من الأراضي والساحات والمساكن وأفنيتها، وفي الأشجار التي في وسط القرية الخلاف السابق، واختار الإمام والغزالي بخلاف اختيارهما في الأرض وبه أجاب الْمَاوَرْدِي، واستبعد الإمام تردد العراقيين فيه وهو بعيد؛ لأن القرى غالبًا لا تخلو عن الشجر ويشملها الاسم وينبغي دخول حريم القرية في بيعها كما نذكره في حريم الدار.

قال: (**لَا الْمَزَارِعُ**) أي: التي خارجها.

(**عَلَى الصَّحِيحِ**)؛ لأنها غير داخلة في مسماها ولهذا لو حلف لا يدخلها لم يحنث بدخول مزارعها.

والثاني: يدخل، قاله الإمام والغزالي، والعرف في بيع القرى يعضده،

....

والمزارع هي المقصودة.

والثالث: إن قال بحقوقها دخلت وإلا فلا، قاله ابن كَج.

وقال الدارمي: إن قال: بحقوقها أو أطلق فإن كان العرف منوي عليها دخلت المزارع وإلا فلا وهذا التفصيل حسن.

قال ابن أبي الدم في «أدب القضاء»: قال العراقيون: لا تدخل المزارع قولًا واحدًا، وقال بعض المراوزة ومنهم الإمام: يدخل لا شك في هذا كله إذا لم نقل بحقوقها دخلت المزارع عند المراوزة قطعًا، وعند العراقيين لا يدخل أيضًا ووافقهم الْبَغَوِي.

قلت: والمتولي وصاحب «الكافي» والرجوع إلى العرف المطرد متعين ولا سيما إذا دلت القرائن عليه بأن تكون أبنية القرية بمائة ألف مثلًا لأراضيها.

وقال الْبَنْدَنِيجِي: إذا قال: بعتك القرية بأرضها دخلت المزارع، وقال: لا يدخل في بيع القرية ضياعها.

والظاهر أن مراده بذلك قرى صغار تكون حول القرية الكبيرة أو غيرها تضاف إليها يزرعها أهلها وتكون قد خربت وبقي لها زمن طويل، وأهل الشام يسمونها مزارع القرية الفلانية وهي غير أراضيها المختصة بها، وهذا لا يدخل بلا خلاف إلا بالتنصيص عليها لأنها قرى أخرى غير مسكونة، وإنما ذكرت هذا لأني رأيت من يتوهم أنها محل الخلاف السابق وهو غلط فاحش.

تنبيهات: مقتضى كلام الإمام والغزالي دخول الأشجار خارج القرية وجزم الْمَاوَرْدِي بعدم دخولها بخلاف المتخلل في القرية وهو الموافق لكلام الجمهور في المزارع، وأكثر قرى «الشام» يحفر أهلها خارجها صهاريج لجمع ماء المطر لأنفسهم ودوابهم، وقضية كلام الجمهور عدم دخولها كالمزارع، والعرف ينازع في ذلك؛ لأنها من مرافقها وضروراتها ولم أر فيها نصًا، وغلط صاحب «التعجيز» في شرحه له وللوجيز فنقل عن الْمَاوَرْدِي موافقة الإمام في

قال المصنف: [وَفِي بَيْعِ الدَّارِ الْأَرْضُ، وَكُلُّ بِنَاءٍ ....

دخول المزارع عند الإطلاق. والذي في «الحاوي» يدخل في بيع القرية سوادها كله من البناء والمساكن وحقوقها دون غيره، انتهى.

قول المصنف: الأبنية تشعر بأنه لو كان بها بناء مستهدم قد تبدت أحجاره أو أحجاره عادية ملقاة بساحاتها أو مدفونة بها أنها لا تدخل كما في بيع الأرض، والعرف قاضٍ بخلاف ذلك وأن بيع القرية يشمل جميع أحجارها وغيرها للعمارة ثم بيعت القرية لم تدخل تلك الآلة بالشرط والله أعلم.

قال: **(وَفِي بَيْعِ الدَّارِ الْأَرْضُ)** أي: إجماعًا إذا كانت الأرض مما يصح بيعه.

قال: **(وَكُلُّ بِنَاءٍ)** لأن الدار اسم للأرض والبناء، وأغرب الجوري فحكى في دخول البناء في رهن الدار قولين وعلل المنع بأن الدار اسم للعرصة وهذا شاذ منكر، ويلزمه طرده في البيع، وغلط من شرح «المنهاج» فنقله عن روايته في البيع، ولا فرق في البناء بين السفل والعلو وتدخل الأجنحة والرواشن والدرج والبلاط المفروش فيها وكل ما هو من هذا النوع متصلًا ولو اتصل بالدار حجرة أو ساحة أو رحبة. قال الْمَاوَرْدِي: وغيره لم يدخل لخروج ذلك عن حدودها التي لا تتميز إلا بها ولا يصح العقد إلا بذكرها، فلو ذكر حدين أو ثلاثة لا يتميز بها لم يكف وإن تميزت بها فالصحيح الصحة.

قال قائل: وينبغي أنها إذا كانت معلومة وذكر ما يميزها لا يفتقر إلى ذكر الحدود وحينئذٍ ينبغي أن يتبعها الحجرة والساحة والرحبة المتصلة بها لاقتضاء العُرف ذلك، بخلاف ما إذا ذكر الحدود، انتهى. وما ذكره محتمل.

وقال ابن الرِّفْعَة: الذي يظهر من كلام الأصحاب الصحة إذا أطلق من غير ذكر الحدود وتميزت وذكر مع هذا كلام«الحاوي» ولو اتصل بها بساط على حائط منها فأوجه: ثالثها إن كانت جذوعة من الطرفين على حائطها دخل في البيع وإلا فلا، وصححه ابن أبي عصرون، وأطلق في «اللطيف» عدم دخوله وتدخل المطلة على الباب المبنية على جدارها، خلافًا لأبي حنيفة قاله في «العدة».

حَتَّى حَمَّامُهَا، لَا الْمَنْقُولُ كَالدَّلْوِ وَالْبَكْرَةِ وَالسَّرِيرِ، وَتَدْخُلُ الْأَبْوَابُ الْمَنْصُوبَةُ وَحِلَقُهَا وَالْإِجَّانَاتُ ....

قال: (**حَتَّى حَمَّامُهَا**) أي: المعدود من مرافقها، كذا قاله الرَّافِعِي.

والظاهر أن المراد ما إذا اشتملت عليه حدودها لا مطلقًا؛ بل يكون حكمه حكم الحُجْرة والرحبة المتصلة بها وعن نصه أن الحمّام لا يدخل وحملوه على حمامات الحجاز وهي بيوت من خشب تنقل، وأما المبنية بالآجر فتدخل مبنية بسائر بيوتها ولو كانت من خشب؛ ولكنها مبينة ففي «الأم» نص يقتضي أنها لا تدخل وهو أحد الوجهين في الأرض المثمرة ونحوها، والأصح فيها الدخول وللغزالي في الحمام كلام لا يرتضى.

قال الشارح: (**لَا الْمَنْقُولُ كَالدَّلْوِ وَالْبَكْرَةِ وَالسَّرِيرِ**) أي: غير المثمر وكل ما يتصل بها كالرفرف الموضوعة على الأوتاد والسلالم التي لم تثمر ولم تطين، والأقفال والدفائف والصناديق والمتاع ورحا اليد التي تنقل والخزائن المنفصلة والحجارة المدفونة والآجر الذي دفن ليخرج، وما فضل من آلة البناء من آجر وخشب وأبواب وكل هذا وشبهه لا خلاف فيه إلا البكرة فحكى القاضي الحسين فيها وجهين لأنها كالمتصل، وليست كالدلو ونقل بعض شارحي «المهذب» الأوجه الثلاثة السابقة في الدولاب هنا وأجراها في البكرة والسانية.

قال: (**وَتَدْخُلُ الْأَبْوَابُ الْمَنْصُوبَةُ وَحِلَقُهَا**) أي: قطعًا لإيصالها، واحترز بالمنصوبة عن المقلوعة وغيرها، وإن كانت قد هيأت للنصب قطعًا وقضيته أن بعض المنهدم منها وإلا فبه لا يدخل، وبه صرح بعضهم وعبارة «اللطيف» لا يدخل ما استهدم من البناء والخشب والآجر وغيره والعُرف ينازع في ذلك.

قال: (**وَالْإِجَّانَاتُ**) أي: المبنية وما في معنها من الخباب والتنانير ونحوها مما أثبت للدوام لا للحفظ، وفي حلية الروياني أنه لا يدخل خابية القصار والصباغ؛ لأنها تدخل في البناء لئلا تتحرك عند الانتفاع بها لا للتأبيد، وكلام غيره يقتضي أن الأصح دخولها وأجرى الخلاف في قدر الحمام وخشبة القصار ونحوها.

وَالرَّفُّ وَالسُّلَّمُ الْمُسَمَّرَانِ، وَكَذَا الْأَسْفَلُ مِنْ حَجَرَيْ الرَّحَى عَلَى الصَّحِيحِ، وَالْأَعْلَى وَمِفْتَاحُ غَلْقٍ مُثْبَتٌ فِي الْأَصَحِّ.

(**وَالرَّفُّ وَالسُّلَّمُ الْمُسَمَّرَانِ**) أي: على الصحيح في الثلاث كما سنوضحه.

(**وَكَذَا الْأَسْفَلُ مِنْ حَجَرَيْ الرَّحَى عَلَى الصَّحِيحِ**) أي: المثبت؛ والعلة في ذلك كله أنها تعد في العرف جزءًا لاتصالها.

والثاني: وهو أقيس عند الإمام لا يدخل، وكنت أود لو فصل بين «اللطيف» وغيره فإن اللطيف غالبًا للدوام بخلاف الكشف.

إشارة: قوله: وكذا يفهم قصر الخلاف عليه دون الإجانات والرف والسلم وعبارة «المحرر» وكذا الإجانات المثبتة إلى قوله في الحجر على أصح الوجهين، فأثبت الخلاف في الجميع وهو كذلك.

قال: (**وَالْأَعْلَى وَمِفْتَاحُ غَلْقٍ مُثْبَتٌ فِي الْأَصَحِّ**) كغيرها في الأعلى مفرع على دخول الأسفل وجه الدخول التبعية، ووجه المنع الانفصال كغيرها وفي معناهما كل منفصل تابع لمتصل لا ينفع بالمتصل إلا به كرأس البنور وصندوق التبر وآلات السفينة ودراريب الحوانيت، والسرائج ونحوها، وقد تدخل ألواح الحوانيت قطعًا والعرف يعضده، وما أحسن قول الشيخ أبي حامد: ما في الدار ثلاثة أضرب متصل، ومنفصل لا يتعلق بمنفعة المتصل، ومنفصل يتعلق بالمتصل؛ فالأول يدخل، والثاني لا يدخل، وفي الثالث وجهان.

تنبيهات: منها: قال الشيخ أبو علي في «شرح التلخيص» قوله: أن بناء الدار يدخل في البيع والرهن يريد أنه دخل فيه من غير تسمية وهو وهم منه؛ لأن الدار اسم للبناء الموضوع على الأرض ولا يقال: لهذا دخل في العقد، ولو جاز هذا لجاز أن يقال: دخلت الأرض هاهنا في البيع، انتهى. وكأنه يريد أن كل ما شمله الاسم لا يقال: دخل، والله أعلم.

ومنها: قيدت قول المصنف في أول المسألة الأرض بما إذا كانت مما يجوز بيعه، أما إذا لم يجز بيعه كسواد «العراق» وما في حكمه فلا شك أن الأرض لا تدخل في قوله: بعت هذه الدار، وحينئذٍ يقال: هل يحمل الإطلاق

وَفِي بَيْعِ الدَّابَّةِ نَعْلُهَا، وَكَذَا ثِيَابُ الْعَبْدِ فِي بَيْعِهِ فِي الْأَصَحِّ.
قُلْت: الْأَصَحُّ لَا تَدْخُلُ ثِيَابُ الْعَبْدِ، وَاَلله أَعْلَمُ.

على البناء فقط، أو يجري خلاف تفريق الصفقة نظر إلى ظاهر اللفظ، أو يفرق في ذلك بين العالم بالحال والجاهل؟

لم أر فيه شيئًا فهذه المسألة يباع الدور في الأراضي والموقوفة والمحتكرة من غير تنصيص على أن الأرض غير داخلة في البيع، وكذلك يقع في الكروم والبساتين وغيرها.

ومنها: الهبة والوصية والوقف كالبيع فيما يدخل وقد سبق ذلك وما قيل في الإقرار.

قال: (**وَفِي بَيْعِ الدَّابَّةِ نَعْلُهَا**) المستمر لاتصالها قبل ولا خلاف فيه.

وفي «النهاية»: في باب الرد بالغيب إشارة إلى تردد الأصحاب في دخوله، ولا يدخل المقود وحبله على الصحيح. وأغرب الشريف المراغي فقال: يدخل حبل الفرس في بيعها. وفي «الحاوي» ما يفهم أنه وجه.

قال الرَّافِعِي: وتدخل بُرَّة الناقة إلا أن تكون من ذهب أو فضة، وأغفلت «الروضة» الفضة فأوهمت، وقد يقال: مثله في النعل وظاهر إطلاقهم عدم الفرق ولعله خرج على الغالب والحلقة التي تقيد بها البغلة كالبُرة، والعرف قاضٍ بالمسامحة بها، وإن كانت من فضة.

إشارة: لو اشترى سمكةً فوجد في جوفها درة غير مثقوبة ففيه خلاف وتفصيل يطول ذكره أوضحته هنا في «الغنية».

قال: (**وَكَذَا ثِيَابُ الْعَبْدِ فِي بَيْعِهِ فِي الْأَصَحِّ**) أي: للعرف وهذا فيما عليه حالة العقد وبه قال: أبو حنيفة.

قال: (**قُلْت: الْأَصَحُّ لَا تَدْخُلُ ثِيَابُ الْعَبْدِ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ**) اقتصارًا على مقتضى اللفظ، ونسبه الْمَاوَرْدِي إلى جميع الفقهاء وهو الصحيح خلافًا للمحرر.

قال الروياني: لكن العادة جارية بالعفو عنها وهو مذهب أبي حنيفة، وفي وجه ثالث تدخل سائر العورة فقط للضرورة كنعل الدابة، والأَمَة في ما ذكرناه

فرع: بَاعَ شَجَرَةً دَخَلَ عُرُوقُهَا وَوَرَقُهَا وَفِي وَرَقِ التُّوتِ وَجْهٌ، ....

كالعبد، قالوا: ولو كان في أذنه حلقة، أو في إصبعه خاتم، أو في رجله نعل لم يدخل قطعًا، ونسبة أن يكون النعل كالثياب.

وفي «شرح التعجيز» أن القائل بدخول الثياب طرده في الحلي وهو غريب، واقتضى إيراده في «شرح الوجيز» الجزم بالمنع وهو المشهور في «الذخائر» أن الشاشي قال: إن الحلي على الجارية كثياب العبد على الخلاف، وهو سهو منه بينته في «الغنية» وينبغي أن يكون محل الخلاف في دخول الثياب اطراد العرف به لا مطلقًا ويحكم في كل بلد عرفه.

قال: (فرع: **بَاعَ شَجَرَةً دَخَلَ عُرُوقُهَا وَوَرَقُهَا**) لأنهما من أجزائها.

قال: (**وَفِي وَرَقِ التُّوتِ وَجْهٌ**) أي: في زمن الربيع حيث يعلف لدود القز وجه، قاله أبو إسحاق. وجزم الْمَاوَرْدِي والجرجاني، ونقله العمراني عن شيخه أبي حامد وحكاه الروياني وغيره.

قلت: وفي المسألة وجه ثالث: أنه إن كان يقصد ثمره دون ورقه، فلا عبرة بظهور ورقه، وإن كان يقصد ورقه وقد سبق عقدها وظهر ورقها لم يتبع الأصل وهو للبائع، ورأى بعضهم تنزيل الخلاف على هذا التفصيل ولا شك في حسنه ورجحانه، فإن ما يقصد ثمره لا يقصد ورقه كالأحمر كما قطع به بعضهم.

وأشار إليه المصنف في «التنقيح» نفقتها وهو مراد الْمَاوَرْدِي بقوله: وأما شجر الفرصاد فنوعان: نوع يعرف بالشامي يقصد ثمره دون ورقه فلا اعتبار بظهور ورقه كغيره، ونوع يقصد منه ورقه دون ثمره وورقه يتدنى في عقد ثم ينتفح عنه فإن كان في عقده فهو بيع لأصله، وإن شققت عقده ظهر ورقها لم يتبع وكان للبائع، وكذا القول في كل ما قصد منه الورق، انتهى.

وعندي أن هذا الكلام ليس بوجه ثالث كما قيل، بل النوع الأول متفق على دخوله والنزاع فيما علته ورقه وهو ما يربَّى به الدود كما دل على كلامهم.

قال ابن الرِّفْعَة: ويلتحق بالأحمر ورق الذكر من الأبيض فإنه لا يصلح لتربية الدود كما صرح به الأصحاب في كتاب«المساقاة».

وَأَغْصَانُهَا ....

وقال ابن الأستاذ في «شرح الوسيط»: تدخل الأوراق إن لم تكن مقصودة، فإن كانت مقصودة كورق التوت في الربيع، فإنه يقصد للدود، وورق النبق، فإنه يغسل به، وكشجر الحناء والجوز والهرنس ففيه خلاف، الصحيح عند الخراسانيين دخولها، وعند العراقيين عدمه، انتهى.

أما ورق التوت ففيه ما ذكرناه، وأما غيره فقد سبق كلام الماوردي فيه، وأدلى العمراني في ورق الحناء وما بعده احتمالين:

أحدهما: يخرجه على الوجهين في ورق التوت.

والثاني: القطع بأنه للبائع، قال: لأنه لا ثمرة لهذه الأشجار غير الورق، وهذا ما أورده الْمَاوَرْدِي والروياني، وصححه ابن الرِّفْعَة في ورق السدر؛ لأنه المقصود منها.

ونقل الرَّافِعِي عن «التتمة» في ورق النبق طريقين: أظهرهما أنه كورق غيره، وثانيهما: أنه كورق الفرصاد لأنه يلقط لغسل الرأس، وجزم الدارمي بأن ورق الآس للمشتري ثم أيَّد فيه احتمالان.

إشارة: الحناء معروف، والهرنس والآس والجوز وقيل: هو شجر منه السهام، فيكون المراد أغصانه لا ورقه، والظاهر أن النبق والسدر واحد أو نوعان كجنس واحد.

قال: **(وَأَغْصَانُهَا)** لأنها جزء منها هكذا جزما به في اليابس، قال غيرهما: أغصان الخلاف التي تقطع من وجه الأرض كل مدة الظاهر منها للبائع بلا خلاف كالجزء الظاهرة من البقول، وأما إذا كان للخلاف جذوع عليها أغصان تقطع أيضًا.

قيل: هي كغيرها، وادعى الإمام والغزالي الوفاق فيه، وحكى الإمام في الرهن فيها خلافًا، وقال في الوقف: لو وقف شجرة لم يجز قطع أغصانها إلا إن شرط ذلك أو يكون مما يعتاد قطعها كأغصان الخلاف ويكون كالثمرة.

وقال القاضي الحسين: إن الخلاف نوعان ما يقطع من أصله فكالقصب

إِلَّا الْيَابِسَ، وَيَصِحُّ بَيْعُهَا بِشَرْطِ الْقَلْعِ أَو الْقَطْعِ، ....

الفارسي ونحوه حرفًا بحرف، وما يترك ساقه ويؤخذ أغصانه فكالثمر.

قال ابن الأستاذ: وهو متجه واختلاف كلام الإمام منزل على هذا التفصيل، انتهى.

قال: (**إِلَّا الْيَابِسَ**) فلا يدخل في بيع الشجرة الرطبة الثابتة؛ لأن العادة فيه القطع كالثمرة وفيه احتمال للبغوي، ويوافقه سكوت كثيرين عنه وهو قوي؛ لأن اللفظ شمله والعرف جاز بالمسامحة به .

قال: (**وَيَصِحُّ بَيْعُهَا بِشَرْطِ الْقَلْعِ أَو الْقَطْعِ**) أي: رطبة كانت أو يابسة، وإذا شرط القلع دخلت العروق.

وقال الصيمري: إن كان أسفلها مقصودًا لم يجز البيع لأنه غائب، والمشهور الأول ويظهر أن يقال إن كانت العروق هي المقصودة كبعض الشجر لم يصح، والأصح ويغتفر جهالته بيعًا نعم لو قال: بعتكها وعروقها انقدح فيه خلاف، وإن شرط القطع قطعت من وجه الأرض كالعادة وتبقى العروق للبائع، ولم يحكوا خلافًا في الصحة ولا يبعد جريان احتمال فيها إذا لم يتبين موضع القطع؛ لأن المشتري قد تنازع في محله ولعل التصوير فيما إذا صرح بشرط القطع من وجه الأرض لا ما أطلق.

قال الْقَفَّال في «الفتاوى»: ومؤنة القلع والقطع على المشتري لأن التسليم حصل بالتخلية، قال: ولو اشترى شجرة ليقطعها من نصفها وأشار إليه؛ وجب ألا يجوز بخلاف ما لو شرط قطعها من وجه الأرض؛ لأن ما يبقى في الأرض لا يكون مقصودًا، أو ما يبقى من ساق الشجرة يبالي به وله خطر فافترقا، انتهى .

وهذا منه جواب على المرجح في بيع ذراع من ثوب نفيس ونحوه، وقد سبق بما فيه وحينئذٍ يكون محل ما ذكره في شجرة مقصودة الثمر أو الخشب النفيس الذي تنقص قيمته بالقطع كما أشار إليه، أما لو كان المقصود منها الحطب فالوجه الصحة، ثم ذكر احتمالين في بيع أغصان التوت الذي يربى لدود القز إذا بين القطع والصحيح الجواز.

وَبِشَرْطِ الْإِبْقَاءِ، ....

قال: (**وَبِشَرْطِ الْإِبْقَاءِ**) أي: في الرطبة، فإن كانت يابسة بطل البيع قاله الْمُتَوَلِّي، وأقراه عليه وحينئذٍ يحمل الإطلاق في اليابسة على القطع؛ لكن فيما أطلقه الْمُتَوَلِّي وغيره من بطلان البيع نظر فإنه إذا شرطه فيها لغرض صحيح بأن يضع عليها جذوعًا أو بناءً أو عريشًا ونحو ذلك لا سيما إذا كانت مناهجه لأرضه فالوجه الصحة، ويكون بمنزلة الجدار أو السارية المبنية فيحمل إطلاق المنع إذا لم يكن فيه غرض صحيح.

تنبيهات: منها: قال من شرح بعض الكتاب من أكابر العصر عقب قول الكتاب: ويصح بيعها بشرط القلع أو القطع وبشرط الإبقاء أي: سواء كانت رطبة أو يابسة وتتبع الشرط في الأحوال الثلاث، ثم قال بعد هذا بأسطر: ولا خلاف أن يغرس اليابسة لا يدخل فإنه لو شرط إبقاءها فسد البيع، انتهى.

فإما أن يحمل ذلك على اختلاف حال كما أشرنا إليه واختلاف جواب الأصحاب والظاهر أنه لم يذكره عن قصد.

ومنها: في «فتاوى القاضي الحسين»: لو اشترى شجرةً بشرط القطع، فلم تقطع حتى نمت وكبرت هل ينفسخ العقد؟ قال: فيه قولان، كما لو اشترى القت لاختلاط المبيع بغيره.

قلت: لعل هذه المسألة ليست عن القاضي الحسين وينبغي أن يكون الكل للمشتري ولا خيار له؛ لأنه ملك أصلها كالثمرة تكبر، ورأيت الشيخ أبا المعالي قال: إن كانت الشجرة مما لا يختلف كالصنوبر والنخل فللمشتري، وإن كانت مما يختلف كالقت ففيه قولان انتهى.

ما اشتملت عليه الفتاوى جوابًا وزيادة وجامعها هو الإمام الْبَغَوِي، وعندي وقفة وإن قولي هنا إلى آخره للبغوي فإنه عند التأمل لا تخالف الجواب قبله، ونقل من شرح الكتاب الجواب عن القاضي ثم قال: قال الْبَغَوِي العكس عليه وساق ما سبق، وهذا تساهل وعدم تأمل.

ومنها: ما سبق في شرط الإبقاء واقتضاء الإطلاق الإبقاء كما سيأتي محله

وَالْإِطْلَاقُ يَقْتَضِي الْإِبْقَاءَ، وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ لَا يَدْخُلُ الْمَغْرِسِ لَكِنْ يَسْتَحِقُّ مَنْفَعَتَهُ مَا بَقِيَتْ الشَّجَرَةُ.

إذا كانت الأرض ملكًا للبائع ومثله ما إذا استحق منفعتها أبدًا بوقف أو وصية فيما يظهر، أما لو غصب أرضًا وغرسها ثم باعها بشرط الترك فالبيع باطل، أو بشرط القلع صح، وإن أطلق فوجهان في «البحر» و«الحاوي»:

أحدها: البطلان، والثاني: الصحة، وللمشتري الخيار ويأتي نحو ما ذكره في المستعير والمستأجر والموصى له بالمنفعة بيده ويأتي الخلاف في صورة الإطلاق أيضًا .

قال: **(وَالْإِطْلَاقُ يَقْتَضِي الْإِبْقَاءَ)** تحكيمًا للعادة كالبناء وهذا في الرطبة وفي اليابسة ما قدمناه.

قال: **(وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ لَا يَدْخُلُ الْمَغْرِسِ)** أي: حيث استحق الإبقاء بشرط أو إطلاق؛ لأن اسم الشجرة لا يتناوله، والثاني لا يدخل؛ لأنه يستحق منفعته لا إلى غاية فيدخل على الملك؛ وحكى جماعة الخلاف قولين: وهو جارٍ في دخول الآس في بيع البناء، والمراد بالمغرس والآس: المكان الذي عليه الغراس والبناء وهذا في الشجرة الرطبة، وأما اليابسة فقيل لا يدخل مغرسها بلا خلاف وكأنه مفرع على طريقة الْمُتَوَلِّي وفيها ما قدمناه، فإذا ظهر فيها قصد الإبقاء بالشرط لغرض معتبر أو تفرسه كبعتها لأضع جذوعي عليها، أو بنائي أو غرسي ونحوها أو يكون دخول المغرس على الخلاف في الآس سواء.

قال: **(لَكِنْ يَسْتَحِقُّ مَنْفَعَتَهُ مَا بَقِيَتْ الشَّجَرَةُ)** المراد بالمنفعة استحقاق الإبقاء مجانًا ما دامت الشجرة، وكان قياس ما سبق أن يقال: ما بقيت الشجرة حيةً حتى لو يبست زال الاستحقاق على ما عليه التفريع إلا أن يقال في اليابسة بما ذكرناه.

فرع: إذا قلنا لا يملك بالغرس، فليس له أن يغرس مكانها إذا انقلعت أو قلعت أو يبست، وهل يكون ملكه من باب الإجارة أو الإعارة؟

قال ابن الرِّفْعَة: يخرج من مقتضى كلامهم وجهان: أرجحهما الأول

....

وأصلها أن البائع هل يتمكن من القلع وغرامة الأرش؟ قال الجمهور: لا، وقيل: له ذلك، وعلى هذا هل يلزمه تسوية الحفر نسبة أن يقال إن قلنا: استحقاق عارية فكالغاوية وإلا فلا يلزمه وجهًا واحدًا، والخلاف في دخول المغرس والآس مثله مذكور في الإقرار بهما.

فرع: لو كانت الأرض مملوكة لغير باع الغراس والعنب فإن جهل المشتري الحال وقلنا: لو كان البائع لرجل، قال شارح: يشبه أن يثبت الخيار للمشتري.

قلت: ويظهر أن يجيء في البطلان خلاف تفريق الصفقة، قال: وهذا إذا كان الإبقاء مستحقًّا بإجارة أو غيرها فإن كان في الموضع مغصوبًا فوجهان سبقا.

قال ابن الرِّفْعَة: ما تعم به البلوى ولم يقف فيه على نقل أن يتبع إلينا في الأرض المستأجرة معه قبل تمام المدة ويعلم المشتري ذلك، هل يقول يستحق الإبقاء بقية المدة بغير عوض كما لو كانت ملكًا للبائع، أو بالأجرة؟ قال والأشبه الثاني والعمل عليه.

قلت: ولْينظر ما لو كانت موقوفةً على البائع أو موصى له بمنفعتها هل تكون كالمملوكة أو كالمأجورة بعد المدة؟ الظاهر الأول فلا يستحق عليه شيئًا والغراس كالبناء، نعم لو كانت الإجارة فاسدة استحق؛ لأن الأجرة تجب فيها يومًا بيوم كما سيأتي.

ثم رأيته قال: ولو كان موصى له بمنفعة الأرض، فيشبه إلحاقها بالمملوكة حتى لا يستحق عليه أجرة في حياته، ولا بعد موته إذا لم تبطل الوصية بموته كما هو المذهب، وإن قلنا: تنتهي بموته فهو قريب من الإجارة.

فرع: لو استخلف شيء من الشجر دخولها هل يستحق الإبقاء كالأصل، وبالعروق المتجددة أو يوم الشراء يقطع ما استخلف أو يفرق بين ما جرت العادة باستخلافه وغيره؟ قال بعض المتأخرين: فيه احتمالات والأول أظهر.

قال ابن الرِّفْعَة: ولو علم استخلافه كشجر الموز، فلا شك في وجوب اتقائه، هكذا قال.

وَلَوْ كَانَتْ يَابِسَةً لَزِمَ الْمُشْتَرِيَ الْقَلْعُ].

قال المصنف: [وَثَمَرَةُ النَّخْلِ الْمَبِيعِ إنْ شُرِطَتْ لِلْبَائِعِ أَو الْمُشْتَرِي عُمِلَ بِهِ، وَإِلَّا فَإِنْ لَمْ يَتَأَبَّرْ مِنْهَا شَيْءٌ فَهِيَ لِلْمُشْتَرِي، وَإِلَّا فَلِلْبَائِعِ، ....

قال: (**وَلَوْ كَانَتْ يَابِسَةً لَزِمَ الْمُشْتَرِيَ الْقَلْعُ**) أي: للعرف وفيه ما أسلفناه وعبارة «المحرر» القطع بالطاء وليست بجيده لإفهامها عدم دخول العروق وعند الإطلاق، وعبارة «الروضة» وأصلها التفريع على طريقة الصيمري يحتمل أن يقال بفساد البيع إلا أن يشترط القطع لتعذر التنقية للجفاف والقلع مؤدي إلى جهالة بعض المبيع، ويحتمل أن يقول الإطلاق هنا محمول على القطع.

قال الشارح: فصلٌ: (وَثَمَرَةُ النَّخْلِ الْمَبِيعِ إنْ شُرِطَتْ لِلْبَائِعِ أَو الْمُشْتَرِي عُمِلَ بِهِ) أي: سواء كان قبل التأبير أم بعده وفاءً بالشرط.

(**وَإِلَّا**) أي: وإن لم يقع شرط.

(**فَإِنْ لَمْ يَتَأَبَّرْ مِنْهَا شَيْءٌ فَهِيَ لِلْمُشْتَرِي، وَإِلَّا**) أي: وإن تأبر منها شيء، وإن قل (**فَلِلْبَائِعِ**) أي: جميعها المتأثر وغيره.

والأصل في الأحكام الأربعة قوله ﷺ «**من باع نخلًا قبل أن تؤبر فثمرتها للبائع إلا أن يشترط المبتاع**»[1] متفق عليه، دلَّ على الحكم الأول والرابع بمنطوقه، وعلى الثالث بمفهوم الاستثناء.

فروع وتنبيهات: منها: اقتضى كلام المصنف جواز شرطها للمشتري وللبائع وهو كذلك وإذا بقيت الثمرة بعد التأبير وقبل الصلاح وسنذكره، وإن شرطت غير المؤبرة للبائع لم يشترط القطع، وقيل: يشترط وأنكره العراقيون، وبه قال الْمَاوَرْدِي.

---

(١) حديث ابن عمر: أخرجه مالك (٢/ ٦١٧، رقم ١٢٧٩)، وعبد الرزاق (٨/ ١٣٥، رقم ١٤٦٢٠)، والبخاري (٢/ ٧٦٨، رقم ٢٠٩٠)، ومسلم (٣/ ١١٧٢، رقم ١٥٤٣)، وأبو داود (٣/ ٢٦٨، رقم ٣٤٣٣). وأحمد (٢/ ٦، رقم ٤٥٠٢)، وأبو يعلى (١٠/ ١٧٢، رقم ٥٧٩٧)، وابن الجارود (ص ١٥٩، رقم ٦٢٨)، والطبراني (١٢/ ٢٨٤، رقم ١٣١٣٠).
حديث عمر: أخرجه النسائي في الكبرى (٣/ ١٨٩، رقم ٤٩٩٠).
حديث عبادة بن الصامت: أخرجه ابن ماجه (٢/ ٧٤٦، رقم ٢٢١٣).

....

وفي الصرف من«الأم» ما يشهد له وأثبته المراوزة فعليه لو أطلق قال: الإمام ظاهر كلام الأصحاب أن هذا الاستثناء باطل والثمرة للمشتري.

قال: وهو مشكل والوجه عده شرطًا فاسدًا مفسد للعقد في الشجر، انتهى.

وأما إذا شرط غير المؤبرة للمشتري فقال الْمُتَوَلِّي: تأكيد والقياس كونه كشرط الحمل، وأنه لو قال: بعتكها ونحوها كان كبعتك الجارية.

ومنها: الثمرة غير المؤبرة تبيع في البيع والصلح والصداق والخلع والأجرة قطعًا، ولا تبيع في الرجوع بالطلاق، وهل يتبع في الرجوع بالفلس أو بيع المرهون بغير رضا الراهن؟ وجهان أجراهما الجرجاني في بيع نخل المفلس في دينه ونحوه وهذه طريقة الشيخ أبي حامد في البيع القهري، تعرض الرَّافِعِي لأصلها في كتاب «التفليس» والمذهب أنه كالبيع الاختياري، وهل يتبع في الوصية ورجوع الولد في الهبة؟ وجهان.

ومنها: كما يجوز اشتراط أكل الثمرة المؤبرة للمشتري يجوز اشتراطه جزاءً معلومًا كالنصف والربع والثلث، وهكذا خلافًا لمالك وحده حيث قال: لا يجوز أن يشترط بعضها.

وقال الْمَاوَرْدِي: لو استثنى البائع نصف الثمرة بطل العقد؛ لتعذر اشتراط القطع فيه وبناه على شيئين:

أحدهما: وجوب شرط القطع والصحيح خلافه.

والثاني: امتناع القسمة، وسيأتي ما فيها إن شاء الله تعالى.

ومنها: لا فرق فيما ذكره المصنف بين طلوع الذكور والإناث، وكذا أن تأبر في حديقته غير البيع على الأصح فيهما، وقيل: إذا باع الذكر قبل تشقق الطلع فهي للبائع؛ لأن حال تناهيه كونه طلعًا وردوه بأن من طلع الفحال الكُبش - وهو بضم الكاف وبالشين المعجمة - وهو ما يلقح به الإناث وهو غير ظاهر حتى يتشقق.

وليس المقصود منه الأكل والترجيح في الصورة الثانية يرد على كلام

....

المصنف فإنه يقتضي النظر إلى المبيع لا غير وهو الأوفق لظاهر الحديث، وسواء تأبرت النخلة بنفسها أو بفعل فالمعتبر تشقق الأكمة سواء قل ما تأبر أو خلى فإن الكل للبائع اتحد النوع أم لا على المذهب، وشرط الْمَاوَرْدِي فيما إذا شققه غير البائع أن يكون التشقق في وقته.

ومنها: حيث كان الثمرة للمشتري فتلفت في يد البائع يخبر المشتري فإن أجاز فبالحصة قطعًا على الأصح، ولو باع نخلةً مطلعةً ولم يقل: إنها مؤبرة أو غير مؤبرة ولم يعلم المشتري ثبت له الخيار؛ لأن بقاء الثمرة ضر الشجرة في سنة أخرى، نص عليه الشافعي والأصحاب إذا أبر الطلع وحكمنا ببقائه للبائع فجزم بالكمام للمشتري، فإنه يترك على النخلة ويدخل في بيع النخيل جريدها وسعفها وخوصها بلا خلاف هكذا قيل، ولم يفرقوابين الرطب منه والجاف.

ومنها: قال في «الروضة» تبعًا للشرح: لو باع نخلةً وبقيت الثمرة له ثم خرج طلع آخر من تلك النخلة أو من نخلة أخرى حيث يقتضي الحال إشراكها فوجهان: أصحهما الطلع الجديد للبائع؛ لأنها ثمرة العام.

وقال ابن أبي هريرة: للمشتري لحدوثه على ملكه وما صححناه محكي عن النص. وقال الشيخ أبو حامد: إنه المذهب، وصحح الْمَاوَرْدِي، وابن الصباغ وغيرهما الثاني.

وقال في «البيان»: إن الشيخ أبا حامد لم يذكر غيره واستدرك؛ بل المشهور عنده وجاء في تعليقه ما سبق.

وفي «الروضة» و«الشرح» عن الْبَغَوِي أنه لو ظهر بعض التين والعنب؛ فالظاهر للبائع وغيره للمشتري، ثم قالا: وفي هذا نظر وبكونه للمشتري أجاب الْمُتَوَلِّي، وهو قضية كلام «المهذب» وأشير إلى جريان الوجهين فيه وإلى فارق بين الصورتين بأن ظهور الشيء بعد الشيء في التين معتاد، ثم حين بلوغه يوجد فلا يحصل اختلاف بخلاف ثمر النخل يختلط ولا يتميز فاحتجنا إلى جعله يانعًا، انتهى .

وَمَا يَخْرُجُ ثَمَرُهُ بِلَا نَوْرٍ: كَتِينٍ وَعِنَبٍ إنْ بَرَزَ ثَمَرُهُ فَلِلْبَائِعِ، وَإِلَّا فَلِلْمُشْتَرِي،

وذكر في «الكفاية» عن النص أنها لو أتت بولدين أحدهما قبل الكتابة، والآخر بعدها أنهما للسيد، وأن الصحيح أنه مولى، وأن الحمل يتبع الأم، وكذا في نظيرها من البيع وقد قدمته هناك، وهذا اضطراب ظاهر.

وذكر صاحب «التعجيز في شرحه للوجيز» أن الجمهور خالفوا ابن أبي هريرة وحكموا بالثمرة الحادثة للبائع وخرجوه من نص الشافعي في المكاتبة إذا وضعت توأمًا قبل الكتابة، وآخر بعدها أنهما للولي.

قال الْمُتَوَلِّي: وخرَّجوا منها وجهًا فيما إذا باع أمةً قد وضعت توأمًا الذي في البطن له وكذا قاله ونقله غيره وهو يؤكد الاضطراب في الترجيح، والنص في الثمرة والمكاتبة والمبيعة على وتيرة واحدة، والترجيح مختلف والمأخذ متحد.

قال: **(وَمَا يَخْرُجُ ثَمَرُهُ بِلَا نَوْرٍ)** أي: بفتح النون وهو الزهور ما كان لونه، وقيل: النور ما كان أبيض والزهو ما كان أصفر.

قال: **(-كَتِينٍ وَعِنَبٍ- إنْ بَرَزَ ثَمَرُهُ)** أي: ظهر.

(فَلِلْبَائِعِ، وَإِلَّا فَلِلْمُشْتَرِي) لأن الظهور هنا كالتشقق في النخل.

تنبيهات: منها: قال الْمَاوَرْدِي: من العنب ما له نور ولا يترتب على هذا حكم بتشقق ويخرج منها نور لطيف؛ لأن نوره لا يستره.

قال الرَّافِعِي: وألحق العنب بالتين وإن كان لكل حبة منه قشر لطيف يتشقق ويخرج منها نور لطيف؛ لأن مثله موجود في ثمر النخل بعد التأبير ولا عبرة به.

ومنها: سكت المصنف عما إذا ظهر بعض دون بعض وفي «المهذب» و«التهذيب» و«الكافي» و«البيان» وغيرها أن ما ظهر للبائع وما لم يظهر للمشتري، ولا يبيع أحدهما الآخر توقف فيه الشيخان، وصرح به الْمُتَوَلِّي في التين.

وقال: إنه لا خلاف فيه، وكذلك الروياني وفرق بينه وبين النخيل بأن ثمرته ثمرة عام واحد ولا تحمل في السنة إلا مرة، والتين تحمل حملتين مرةً بعد أخرى، وبما قالاه: أجاب القاضي أبو الطيب في «التعليق» وابن الصباغ وفرقا بنحو ما سبق، وأحسبه قول: العراقيين وهنا بحث أشرت إليه في «الغنية».

وَمَا خَرَجَ فِي نَوْرِهِ ثُمَّ سَقَطَ كَمِشْمِشٍ وَتُفَّاحٍ فَلِلْمُشْتَرِي إنْ لَمْ تَنْعَقِدْ الثَّمَرَةُ، وَكَذَا إنْ انْعَقَدَتْ وَلَمْ يَتَنَاثَرْ النَّوْرُ فِي الْأَصَحِّ، ....

ومنها: أهمل المصنف أقسامًا أخر: أحدها ما ثمره ووردة وهو نوعان:

أحدهما: ما يخرج في ورق ولا تساهل ثم ينفتح فيرى كالورد بأنواعه والنرجس فإن تفتح فللبائع وإلا فللمشتري.

والثاني: ما لا حائل دونه كالياسمين، فإن ظهر فللبائع وإلا فللمشتري، وفي هذين النوعين لو ظهر بعض دون بعض فعلى قول الْبَغَوِي وغيره يعطى كل حكمه وهو قضية كلام «المهذب»؛ لكنه في «التنبيه» صرح بأنه كالنخل إن ظهر ذلك أو بعضه فهو للبائع، وفي «الشامل» أن ما يصدر ورده كالورد والبنفسج والياسمين والزعفران وما أشبهها إذا كان له أصل ثابت يتكرر حمله وبيع فما لم يتفتح للمشتري، وما تفتح للبائع. وذكر الشيخ أبو حامد في «التعليق»: الورد يكون للبائع وإن لم يكن تفتح، قال: وهو ظاهر كلام الشافعي والأول أقيس؛ لأنه قبل التفتح كالطلع قبل التأبير، انتهى.

القسم الثاني: ما يخرج في كمام لا يزال إلا عند الأكل فيخرج ولا حائل دونه كالجوز والرمان فهو للبائع.

الثالث: ما له قشران كالجوز واللوز، فإن ظهر من النور فالمنصوص أنه كالرمان، وقيل: كثمرة النخل الذي لم يؤبر، ولك إدراج هذه الأقسام في كلام المصنف، أما الموز والرمان واللوز والجوز والفستق فظاهر، وأما الورد والياسمين ونحوهما فقد يتوسع في تسميتها ثمرة كما قدمنا إذ هي من المقصود من أشجارها والله أعلم، كذا قيل وفيه تكلف.

إشارة: لا يعتبر في الجوز واللوز والفستق تشقق القشرة العليا على الأصح خلافًا للشيخ أبي حامد وطبقته، قاله: الْمَاوَرْدِي .

قال: (**وَمَا خَرَجَ فِي نَوْرِهِ ثُمَّ سَقَطَ كَمِشْمِشٍ وَتُفَّاحٍ فَلِلْمُشْتَرِي إنْ لَمْ تَنْعَقِدْ الثَّمَرَةُ**) لأنها كالعدم.

(**وَكَذَا إنْ انْعَقَدَتْ وَلَمْ يَتَنَاثَرْ النَّوْرُ فِي الْأَصَحِّ**) أي: المنصوص من

وَبَعْدَ التَّنَاثُرِ لِلْبَائِعِ. وَلَوْ بَاعَ نَخَلَاتِ بُسْتَانٍ مُطْلِعَةٍ وَبَعْضُهَا مُؤَبَّرٌ فَلِلْبَائِعِ، فَإِنْ أَفْرَدَ

«البويطي» تنزيلًا للاستتار بالنور تنزلة استتار ثمر النخل بالكمام.

والثاني: للبائع تنزيلًا لها منزلة استتارها بعد التأبير بالقش الأبيض، كذا وجههما الرَّافِعِي وفيه نظر؛ لأن منه ما يبدو وقبل تناثر النور ولا يكون مستترًا به؛ ولكن لا عبرة بظهوره بل هو في حكم المشتري على الأصح.

إشارة: المشْمش بكسر الميمين وحكي بالفتح، وأما الضم فلبعض العامة، قال ابن الرِّفْعَة: وألحق العراقيون الخوخ والكمثرى والسفرجل بالمشمش والتفاح، صرح بالمجموع المحاملي في «المجموع»، وفصل الإمام بما يخصه الْغَزَالِي في «البسيط» الثمار التي تبدو من الزهار والنوار كالمشمش والخوخ ما دامت على صغرها مستترة بأنوارها يندرج تحت العقد؛ لأنها لا تنعقد ثمارًا ما لم تكبر وما لم تتصلب؛ لأنها مستترة بالأنوار.

وإذا بيعت شجرة الكمثرى والتفاح وعليها أزهارها يندرج في ظاهر المذهب تحت مطلق العقد كالمشمش والخوخ؛ لأن ثمارها وإن كانت بارزةً من الأزهار باديةً فلا ينعقد ثمره ما لم تنير أزهارها وفيه وجه بعيد، ومسألة بدوها من الأزهار، انتهى.

قال: **(وَبَعْدَ التَّنَاثُرِ لِلْبَائِعِ)** لظهور الثمرة، واعتبر الْمَاوَرْدِي الظهور من نوره فقط، والظاهر أنه الوجه الثاني في الكتاب وجوابه ما ذكره في «البسيط» وغيره.

قال: **(وَلَوْ بَاعَ نَخَلَاتِ بُسْتَانٍ مُطْلِعَةٍ وَبَعْضُهَا مُؤَبَّرٌ فَلِلْبَائِعِ)** أي: الجميع المؤبر وغيره من الطلع اتحد النوع أم تباعد؛ لأن الباطن صائر إلى الظهور بخلاف العكس.

وقيل: إن اختلف النوع؛ فالمؤبر للبائع، وغيره للمشتري وفي دخول ما يطلع بعد البيع ما سبق، وقد يفهم كلام الكتاب خلاف ما رجحاه، فإن المتبادر منه أن ثمرة عين المطلعة تكون للمشتري؛ لأنها طلعت بعد العقد، وقوله: وبعضها مؤبر يعني: أو متأبر بنفسه ولم يرد التشقق بفعل فاعل.

قال: **(فَإِنْ أَفْرَدَ)** أي: بالبيع.

مَا لَمْ يُؤَبَّرْ فَلِلْمُشْتَرِي فِي الْأَصَحِّ، وَلَوْ كَانَتْ فِي بَسَاتِينَ فَالْأَصَحُّ إِفْرَادُ كُلِّ بُسْتَانٍ بِحُكْمِهِ، ....

(مَا لَمْ يُؤَبَّرْ) أي: أو ما لم يتأبر بنفسه من لسان واحد.

(فَلِلْمُشْتَرِي فِي الْأَصَحِّ)؛ لأنه بإفراده بالبيع انقطاع عن التبعية.

والثاني: أنه للبائع اكتفاءً بوقت التأبير عنه ولا فرق في جريان الخلاف بين أن يتفق نوع المبيع مع المؤبر أو يختلف وربما اقتضى كلام بعضهم أنه عند اختلاف النوع يكون للمشتري قطعًا، ثم رأيت صاحب «التعجيز» قال في «شرح الوجيز»: قوله فإن اختلفا أي: النوع وشمول الصفقة بأن كان في البستان نوعين وباع النوع الذي لم يؤبر فقط، واعلم أن الْغَزَالِي قد طرد الخلاف فيه وهذا لم أره لغيره، بل جزم شيخه وهو في بسيطه، وجمهور النقلة فإن عبر المؤبر للمشتري، فلا يبيع المؤبر؛ لأنه لم يجمعهما نوع ولا عقد، نعم قال الْمُتَوَلِّي: إذا قلنا بالتبعية عند اختلاف النوع وشمول العقد بقي في التبعية هنا وجهان، وهذا غريب، انتهى لفظه - رَحِمَهُ اللَّهُ تعالى -.

وممن أنكر ذلك على الْغَزَالِي صاحب «التعجيز» ونقل الاتفاق عند اختلاف النوع يكون للمشتري، وحمل ما في «الوجيز» على الناسخ.

قال: **(وَلَوْ كَانَتْ فِي بَسَاتِينَ)** واتحدت الصفقة والمالك، وقلنا: في البستان الواحد بالتبعية.

(فَالْأَصَحُّ) وفي «الروضة» فالمذهب.

(إِفْرَادُ كُلِّ بُسْتَانٍ بِحُكْمِهِ) إذ لاختلاف البقاع أثر في التأبير، ولانتفاء المشاركة في البستان الواحد، والثاني: يتبعه لاتحاد الصفقة فأشبها نخيل البستان الواحد.

تنبيهات: هكذا رتب الرَّافِعِي هذا على الصورة التي قبله وجعل المنع هنا أولى واقتضى كلامه جريان الخلاف في البساتين في صور:

أحدها: عند اتحاد النوع والصفقة.

وثانيها: عند اختلاف النوع على المذهب.

وَإِذَا بَقِيَتْ الثَّمَرَةُ لِلْبَائِعِ، فَإِنْ شَرَطَ الْقَطْعَ لَزِمَهُ، ....

وثالثها: عند تعدد الصفقة إذا أفرد البستان الذي لم يؤبر بالبيع فإنه يكون كما لو أفرد غير المؤبر في البستان الواحد، وجريان الخلاف عند اتحاد النوع والصفقة مشهور، وأما عند اختلاف النوع فغريب جدًّا، وأعرف منه إفراد البستان الذي لم يؤبر بالعقد ولا يعرف لغير الرَّافِعِي، والظاهر أنه لم يقع عن قصد ولعل أصله ما سبقت الإشارة إليه عن كلام «الوجيز».

قال ابن الرِّفْعَة: أطلق الرَّافِعِي أنه لا فرق بين أن يكون البستانان متلاصقين أو متباعدين؛ لكن يشترط أن يكونا في إقليم واحد ومكان طبعه واحد.

قال شارح: هناك باع نخيله أو بستانه المؤبر مع نخيل أو بستان لغيره لم يتأبر فإنه لا يتبع أحدهما الآخر في الأصح، انتهى، وهذه عبارة فاسدة من وجوه.

قال: **(وَإِذَا بَقِيَتْ الثَّمَرَةُ لِلْبَائِعِ)** أي: بالشرط أو بالحكم عند التأبير.

(فَإِنْ شَرَطَ الْقَطْعَ لَزِمَهُ) وفاءً بالشرط وهذا ظاهر إذا كان مما ينتفع به كالحصرم، فإن لم يكن فيها نفع أو نفع بآفة، ففي صحة البيع والشروط واللزوم الوفاء به إشكال ظاهر.

ثم رأيت في «النهاية» و«البسيط» أن الثمار لو كانت تندرج في العقد فاستثناها ففي افتقارها إلى شرط العقد قولان: قال الإمام: فإن قلنا يشترط التقييد بالقطع فأطلقه فظاهر كلام الأئمة الاستثناء باطل والثمرة للمشتري، وهذا مشكل، فإن صرفها إليه مع التصريح باستثنائها محال فالوجه عند الاستثناء المطلق شرطًا فاسدًا مفسدًا للعقد في الأشجار كاستثناء الحمل، انتهى.

وحكى الْمُتَوَلِّي عن عامة الأصحاب أنه لا يحتاج شرط القطع، وعن بعضهم اشتراطه.

وفي «فروق» الجويني: أن الذي نص عليه الشافعي رضي الله عنه أنه لا يحتاج في استثنائها القطع وإذا بقيت له بعد التأبير لم يحتج إلى ذلك، والفرق أنها إذا كانت مؤبرة فالبيع المطلق لا يزيل ملكه عنها ولا كذلك غير المؤبرة؛ بل يدخل في

وَإِلَّا فَلَهُ تَرْكُهَا إِلَى الْجِدَادِ، ....

العقد، فإذا استمر فكأنه ابتدأ بشراء ثمرة ثم ثمرة لم يبدو صلاحها؛ وذلك موجب لاشتراطها القطع في العقد فقد أخذ الاستثناء شبه العقد، وخرَّج بعض أصحابنا في الاستثناء قولًا آخر فاقتضى كلامه أن المذهب ما نص عليه الشافعي رضي الله عنه.

قال: (**وَإِلَّا**) أي: لم يشترط القطع بل شرط الإبقاء أو أطلق.

(**فَلَهُ تَرْكُهَا إِلَى الْجِذَاذِ**) أي: وفاءً بالشرط في الأولى، وبالعادة في الثاني، وهذا لا شك فيه إذا بدا صلاحها، وأما إذا لم يبد فقد بينا ما فيه والمراد بالجذاذ هنا زمان أخذها المعتاد عن الشجر وهو جذاذ الرطب وقطاف العنب وغيرهما فإذا جاء وقته لم يمكن من أخذها على التدريج ولا تأخيرها إلى نهاية نضجها، وإن كانت من نوع يعتاد قطعه قبل النضج تلف القطع على العادة.

قال الدارمي: وإن كان عرف الناس يختلف في التمر بأن يتركه قوم حتى يصير رطبًا أو قوم بسرًا وتمرًا.

قال ابن الْقَطَّان: يحمل على عرف البائع، وعندي يحمل على عرف الأكثر من البلد وإن كان عرف تلك الثمرة التبعية إلى آخر الثمار فله ذلك، انتهى.

فرع: لو أصاب الثمار آفة ولم يبق في تركها فائدة فهل يجبر على قطعها أم له إبقاؤها؟ قولان أرساهما ومال ابن الرِّفْعَة إلى الأول؛ لأنه انكشف الحال عما لو قارن العقد لم يستحق التبعية، قال: لكن ظاهر نصه في «الأم» على خلافه، انتهى .

وقد يأتي من كلام المصنف ما يشهد لترجيح الإخبار ولو انقطع الماء فلا شيء على المشتري فيما أصيب به البائع، وكذلك إن أصابته جائحة نص عليه الشافعي.

فرع: جزم شارح بأن الشجر لا تصير مقبوضةً للمشتري حتى يفرغ من ثمره البائع وقال في قطعة شرحها من «المهذب» قال أصحابنا: يحصل التسليم مع كون الثمار المؤبرة عليها للبائع.

وقال أبو حنيفة: لا يحصل إلا بعد قطع الثمار، وممن صرح به القاضي

وَلِكُلٍّ مِنْهُمَا السَّقْيُ إِنْ انْتَفَعَ بِهِ الشَّجَرُ وَالثَّمَرُ .

وَلَا مَنْعَ لِلْآخَرِ، وَإِنْ ضَرَّهُمَا لَمْ يَجُزْ إِلَّا بِرِضَاهُمَا، ....

الحسين وفرقوا بينه وبين الأرض المشغولة بالزرع على وجه بأن منفعة الشجرة باقية، انتهى.

وهذا النقل الثاني هو الصواب.

قال: (**وَلِكُلٍّ مِنْهُمَا السَّقْيُ إِنْ انْتَفَعَ بِهِ الشَّجَرُ وَالثَّمَرُ وَلَا مَنْعَ لِلْآخَرِ**) لأن بيعه حينئذٍ سفه وعبارة «المهذب» و«الوسيط» إن لم يكن على الآخر ضرر وقضيته عدم المنع عند انتفاء النفع أو الضر لا تعيب، وعبر الجمهور بعبارة المصنف.

قال: (**وَإِنْ ضَرَّهُمَا لَمْ يَجُزْ إِلَّا بِرِضَاهُمَا**) أي: لمن طلبه وإن رضي صاحبه لأن إضاعة المال لغير غرض صحيح حرام.

قال الروياني: وهذا إنما يتصور في غير النخل فينفعه السقي ولا يتضرر به وفيما أطلقه نظر.

قال الشافعي والأصحاب: إنما للبائع أن يسقي ما فيه صلاح ثمرته وليس له أن يسقي أكثر من المعهود بحيث يضر بالنخل، فإنه يحصل الضرر بالري المفرط كما يحصل بالعطش وهذا يرد على الروياني.

تنبيهات: لو اختلفا فقال المشتري: في كل عشرة أيام سقيه، وقال البائع: في خمسة، رجع إلى أهل الخبرة فما احتاج إليه أجبر الآخر عليه.

قلت: ولم لا يقال: يرجع إلى عادة البلد في السقي، فلا زيادة ولا نقص ويختلف ذلك باختلاف البقاع حرًّا وبردًا، وباختلاف الأشجار والثمار، ولو قال: أهل الخبرة أن الثمرة لا تفسد بترك السقي بل يسلم بدونه؛ لكن لو سقيت لظهور زيادة عظيمة والشجر يتضرر بها فهل يمنع منه؟ فيه احتمالان للإمام أقامهما الْغَزَالِي، وجهين والمنع أرجح اجتنابًا لإضرار المشتري.

وأطلق الرَّافِعِي احتمال الإمام متى كان السقي يضر بواحدة وتركه يمنع حصول زيادة الأجر فعمم الجانبين وليس في النهاية إلا ما ذكرته.

وقال في «البسيط»: لو كان السقي يضر بالأشجار ويظهر زيادة ظاهرة في

وَإِنْ ضَرَّ أَحَدَهُمَا وَتَنَازَعَا فُسِخَ الْعَقْدُ إِلَّا أَنْ يُسَامِحَ الْمُتَضَرِّرُ، وَقِيلَ: لِطَالِبِ السَّقْيِ أَنْ يَسْقِيَ.

الثمار ولكن تركه لا يفسد الثمار فيحتمل أن يقال: يخرج فيه الأوجه الثلاثة الآتية فيما إذا ضر أحدهما ونفع الآخر.

ويحتمل أن يقال: يرعى جانب المشتري، فإن البائع يبغي زيادةً وراء الحاجة، وظاهر كلامهم أن السقي يكون مما جرت العادة بسقي تلك الشجر منه بأن كان من بئر معينة دخلت في البيع، نعم لا يلزم المشتري تمكينه من آلاته للسقي؛ بل تمكنه من الماء فقط، ولو لم يأتمنه نصب الحاكم أمينًا والمؤنة على طالب السقي.

لو قال صاحب الثمرة: أريد الماء الذي كنت أستحقه لسقي ثمرتي فأسقي به ثمرة أخرى أو زرعًا؛ لم يكن له ذلك، وهكذا لو أخذ ثمرته قبل وقت جذاذها لم يكن له أخذ الماء الذي كان يستحقه إلى وقت الجذاذ؛ لأنه إنما استحق من الماء ما فيه صلاح تلك الثمرة دون غيرها .

قال: **(وَإِنْ ضَرَّ أَحَدَهُمَا وَتَنَازَعَا فُسِخَ الْعَقْدُ)** إذ ليس أحدهما بأولى من الآخر.

قال: **(إِلَّا أَنْ يُسَامِحَ الْمُتَضَرِّرُ)** كزوال النزاع ولا يجيء فيه إشكال التضييع؛ بل هو إحسان ومسامحة لا كما توهمه متوهم، نعم الكلام في المالكين المطلقين التصرف لا فيمن يتصرف لغيره.

قال: **(وَقِيلَ لِطَالِبِ السَّقْيِ أَنْ يَسْقِيَ)** لدخول صاحبه على ذلك، واختاره ابن أبي عصرون، وفي «البسيط» وإن كان السقي ينفع أحدهما ويضر بالآخر فثلاثة أوجه:

أحدها: أن المراعى جانب المشتري وانفرد بتصحيحه في «الوجيز» قال: لأن البائع التزم تسليم الأشجار سليمةً.

والثاني: أن المراعى جانب البائع؛ لأن له تبقية الثمار وشرط تبقيته ألا يجبر على ما يتضرر به.

وَلَوْ كَانَ الثَّمَرُ يَمْتَصُّ رُطُوبَةَ الشَّجَرِ لَزِمَ الْبَائِعَ أَنْ يَقْطَعَ أَو يَسْقِيَ].

والثالث: حكاه العراقيون عن أبي إسحاق أنه ليس أحدهما بأولى من الآخر، فإن تطابقا على شيء فذاك وإلا فقد تعذر إمضاء العقد فينفسخ العقد بينهما أي: يفسخه الحاكم، وقيل: البائع وعبر الْغَزَالِي بالانفساخ وحمل على ما ذكرناه.

قال: **(وَلَوْ كَانَ الثَّمَرُ يَمْتَصُّ رُطُوبَةَ الشَّجَرِ لَزِمَ الْبَائِعَ أَنْ يَقْطَعَ أَو يَسْقِيَ)** دفعًا لضرر المشتري فإن تعذر السقي لانقطاع الماء فقولان.

قال الرَّافِعِي في «شرحه الصغير»: رجح منهما منعه عن الإبقاء يعني إلزامه القطع وسياق «الروضة» يقتضي ترجيحه زاد وهما فيما إذا كان للبائع نفع في ترك الثمرة، فإن لم يكن وجب قطع الثمرة بلا خلاف، قاله: الإمام والبغوي.

قال الإمام: ويجيء هنا وجوب التسوية يعني: قول أبي إسحاق وذكر والده في «السلسلة» أن القولين: يبنيان على القولين: فيما إذا حضر المسلم فيه قبل محله ولا ضرر على المسلم في قبوله، فهل يجبر على قبضه؟

وإن أجبرناه أجبرنا المشتري هنا على القطع وإلا فلا، وقضية البناء ترجيح الإجبار هنا أيضًا.

وقال بعض الشارحين: لو تعذر السقي لانقطاع الماء وكان ترك الثمر مضرًّا للشجر لا الثمر فإن كان الضرر يسيرًا أجبر صاحب الشجر على إبقائه، وإن كان كثيرًا بحيث يخاف عليها الجفاف أو نقصان حملها في المستقبل نقصانًا كثيرًا فقولان منصوصان في «الأم» حكي ترجيح تكليفه القطع عن الكرخي، والروياني، وابن أبي عصرون، والمصنف.

ثم قال: ولم أر في «الأم» غيره بعد أن قال: ما قال أوَّلًا، ولعل صوَّب أحدهما «الإملاء» قال: ولو كان الضرر شاملًا للثمر والشجر فقطع الثمرة واجب ولصاحب الشجرة إجباره أي: قطعًا قاله: الْمَاوَرْدِي.

فلو لم يضر واحدًا منهما ترك إلى الجذاذ هذا إذا كان التعذر لإعواز الماء، فإن كان لفساد آلته ومجاريه فأيهما تضرر كان له إصلاح ما يوصله إلى

قال المصنف: [فَصْلٌ يَجُوزُ بَيْعُ الثَّمَرِ بَعْدَ بُدُوِّ صَلَاحِهِ مُطْلَقًا، وَبِشَرْطِ قَطْعِهِ، وَبِشَرْطِ إِبْقَائِهِ، وَقَبْلَ الصَّلَاحِ إِنْ بِيعَ مُنْفَرِدًا عَنْ الشَّجَرِ، لَا يَجُوزُ إِلَّا بِشَرْطِ الْقَطْعِ

السقي، فإن أضر النخل فعلى المشتري إزالة الضرر عن نخله ولا يجبر صاحب الثمرة على قطعها، وإن أضر بالثمرة لزمه ذلك أو قطعها وإن ضر بهما لزم صاحب الثمرة إلا أن يبادر إلى قطع ثمرته فيسقط عنه قاله: الْمَاوَرْدِي، انتهى.

وهذه عبارة عقدة حصلت من اختصار كلام «الحاوي» وينصح بمراجعة «الحاوي»، وبالله التوفيق وأسأله الإعانة.

قال: **(فصلٌ: يَجُوزُ بَيْعُ الثَّمَرِ بَعْدَ بُدُوِّ صَلَاحِهِ مُطْلَقًا)** أي: من غير شرط قطع ولا تبقية؛ لأنه ﷺ **«نهى عن بيع الثمر حتى يبدو صلاحه، نهى البائع والمشتري»**[1] متفق عليه، مُسْلِم بنحوه. وله الإبقاء والحالة هذه إلى أوان الجذاذ وفاقًا للعادة.

قال الشارح: **(وَبِشَرْطِ قَطْعِهِ)** أي: بالإجماع.

(وَبِشَرْطِ إِبْقَائِهِ) لأنه شرط يقتضيه الإطلاق.

قال: **(وَقَبْلَ الصَّلَاحِ إِنْ بِيعَ مُنْفَرِدًا عَنْ الشَّجَرِ، لَا يَجُوزُ إِلَّا بِشَرْطِ الْقَطْعِ)** أي: فلا يصح شرط الإبقاء إلى الجذاذ لعموم الحديث وغيره من الألفاظ الواردة في المسألة؛ ولأنها قبل الصلاح ضعيفة يشرع فسادها بالآفة فلا يحصل للمشتري شيء كما أشارت الأخبار؛ ولأن نموها من شجر البائع فأشبه بيع عبد بشرط أن يطعمه، ولا يصح الإطلاق لأن موجبه الإبقاء فضاهى شرطه، وأما الجواز شرط القطع. قال الرَّافِعِي: فمجمع عليه.

قلت: كذا نقله جماعة؛ لكن في «محكى» ابن خزيمة عن سفيان الثوري وابن أبي ليلى المنع شرط القطع أم لا لظاهر الأحاديث.

تنبيهات: اقتضى كلامه أنه لا يجوز إلا بشرط القطع، وإن كان الصلاح ينافي نوع المبيع من البستان أو الكرم الواحد دون المبيع وهو أصح الوجهين وجد من إطلاقه أنه لا بُدّ من شرط القطع، وإن اطردت عادة بلد بقطع الكرم

(١) أخرجه البخاري (٢/ ٧٦٣، رقم ٢٠٧٢)، ومسلم (٣/ ١١٦٦، رقم ١٥٣٤).

وَأَنْ يَكُونَ الْمَقْطُوعُ مُنْتَفَعًا بِهِ لَا كَكُمَّثْرَى.

مثلًا حُصرُمًا لشدة البرد وهو ما عزي إلى الجمهور .

وقال الْقَفَّال: يصح من غير شرط القطع تنزيلًا لعادتهم الحاصلة منزلة العادات العامة؛ لأن العقد المطلق محمول على المعتاد فيكون القطع المعهود كالمشروط، ووافقه غيره وهو حسن محتمل، ويستثنى ما لو كان الثمر على شجرة مقلوعة أو مقطوعة فإنه لا يشترط ومثله ما لو جفت وعليها ثمرة لم يبد صلاحها إذ لا بقاء.

قال: (**وَأَنْ يَكُونَ الْمَقْطُوعُ مُنْتَفَعًا بِهِ**)أي: للأكل كاللوز والمشمش والجوز.

(**لَا كَكُمَّثْرَى**) اعلم أن هذا الشرط ذكره الْمُتَوَلِّي وتبعه الروياني والرافعي وهو مأخوذ من شرط كون المبيع منتفعًا به كما صرح ولا بُدّ منه هنا فيما المقصود منه الأكل وقصد لذلك، أما لو قصد لعلف الدواب أو ليجفف كثيره ويوقد فالوجه الصحة لوجود منفعة مقصودة لغرض صحيح غير الأكل، وقد يكون للبائع غرض صحيح وهو صلاح الشجرة ونماؤها يؤيده ما سبق عن الزيادات من بيع الجوز العفن الكبير الكثير.

وفي «التهذيب» و«الكافي» أنه لو باع الورد قبل التفتق، والجوز قبل أن يتكامل فيه القطن بشرط القطع يجوز؛ لأن ما فيه لم يدرك فلا يكون مقصودًا؛ بل المقصود منه عينه لعلف الدابة كبيع الطلع بشرط القطع، وعبارة «الكافي» لأن الورد والقطن ليس بمقصودين منهما فصارا مقصودين بأنفسهما لعلف الدابة.

قال: ولو باع الطلع على النخل بشرط القطع أو باعه على وجه الأرض هل يجوز؟ وجهان، انتهى .

وحينئذٍ أقول: إن كان فيها قبل الصلاح منفعةً مقصودةً تقابل بالثمن صح بيعها بشرط القطع سواء صلحت للأكل أم للعلف أو الوقود، وهذا قضية كلامهم أول البيوع وهو كون المبيع منتفعًا به، وقضية إطلاق الجمهور هنا وإما تعيين نوع منفعة خاصة.

فرع: أطلقوا جواز بيع البطيخ قبل صلاحه بشرط القطع، فإن أريد الأصفر

وَقِيلَ: إنْ كَانَ الشَّجَرُ لِلْمُشْتَرِي جَازَ بِلَا شَرْطٍ. قُلْت: فَإِنْ كَانَ الشَّجَرُ لِلْمُشْتَرِي وَشَرَطْنَا الْقَطْعَ لَا يَجِبُ الْوَفَاءُ بِهِ، وَاَللهُ أَعْلَمُ، وَإِنْ بِيعَ مَعَ الشَّجَرِ جَازَ بِلَا شَرْطٍ،

والهندي وهو الأخضر فمشكل على ما ذكره الْمُتَوَلِّي ومن تبعه؛ لأن الأخضر وغالب الأصفر قبل الصلاح لا ينفع للأكل وحينئذٍ يأتي ما ذكرناه فيه.

فرع: لو باع ورق التوت الذي يطعم لدود القَزّ من الربيع لم يصح إلا بشرط قطعه كما اقتضاه كلام الْقَفَّال في «الفتاوى»، فلو تلف بيده وقد بيع بلا شرط ضمنه بقيمته ضمان الغصب.

وقال الرَّافِعِي: إن صلاحه بتناهيه وقال غيره: إنما يجوز بيعه إذا بدا صلاحه وهو أن ينفتح ويصير كأرجل البط وقضية الكلامين الصحة بلا شرط كالثمر البادي الصلاح.

قال: **(وَقِيلَ إنْ كَانَ الشَّجَرُ لِلْمُشْتَرِي جَازَ بِلَا شَرْطٍ)** لاجتماعهما في ملكه فأشبه ما لو اشتراهما معًا وصورتها أن يبيع الشجرة وتبقى الثمرة له ثم يبيعه الثمرة أو يوصي بثمرة فيبيعها للوارث، وقد اقتضى كلام أن الأصح الاشتراط وهو المرجح في «الروضة» وأصلها هاهنا، ونسبه الرَّافِعِي إلى الجمهور ولعموم النهي؛ لكن في المساقاة من «الروضة» تصحيح عدم الاشتراط تبعًا للغزالي والبندنيجي.. وقال الروياني: إنه المذهب ونقله غيره عن الأكثرين ويؤيده عدم وجوب الوفاء بشرطه.

قال: **(قُلْت: فَإِنْ كَانَ الشَّجَرُ لِلْمُشْتَرِي وَشَرَطْنَا الْقَطْعَ لَم يَجِبُ الْوَفَاءُ بِهِ، وَاَللهُ أَعْلَمُ)** إذ لا معنى لتكليفه قطع ثماره عن أشجاره.

قال: ويتجه أن يجيء فيه خلاف من قول: القاضي الحسين أما إذا باعه فضلًا بشرط القطع ثم باعه الأرض ففي سقوط القطع وجهان:

أحدهما: لا؛ لأنه حق الله تعالى كالقبض.

والثاني: نعم كما لو جمعهما عقد وبه جزم في أول الباب، انتهى.

وقد يقال: يجيء فيه خلاف مما سنذكره في القبض وفي الحوائج أيضًا.

قال: **(وَإِنْ بِيعَ)** الشجر **(مَعَ الشَّجَرِ جَازَ بِلَا شَرْطٍ)** للحديث السابق: **«مَنْ**

وَلَا يَجُوزُ بِشَرْطِ قَطْعِهِ.

بَاعَ نَخْلًا قَدْ أُبِّرَتْ»[١] الحديث، وقيس غير النخل به؛ ولأن الثمرة بيع للأصل وهو غير متعرض العاهة وهذا إذا لم يفصل الثمن، فإن فصله كبعتك الشجرة بمائة والثمرة بعشرة فلا لانتفاء التبعية.

قال: **(وَلَا يَجُوزُ بِشَرْطِ قَطْعِهِ)** أي: عند إيجاد الصفقة؛ لأن فيه حجرًا على المشتري في ملكه وفارق هذا تبعًا من صاحب الأصل التبعية هنا.

فروع وتتمات تتعلق بالفصل: منها: لو شرط القطع والشجرة للبائع سمح له بتركها إلى إصلاحها جاز وقد يجيء فيه وجه مما سبق عن القاضي الحسين.

ومنها: إذا شرط القطع حتى مضت مدة فإن كان البائع قد طالبه بالقطع فلم يقطع قال: في«الكافي» لزمه الأجرة وإلا فلا، انتهى، وهذا إن سلم له فطرد في سائر المنقولات وأولى.

ومنها: وجوب اشتراط القطع بعرفك أنه لا يصح بيعها مشاعًا إذ لا يمكن إلا بقطع الكل وهو ضرر في غير المبيع ولا شك فيه إذا كان الشريك غير البائع، وأما إن كان هو البائع ففيه للفقيه تأمل.

ومنها: هل التسليم فيه بالتخلية كبادئ الصلاح فيكون مؤنة القطع على المشتري، قال شارح: الظاهر أن قبضه بالتخلية فتكون المؤنة على المشتري؛ لأنه التزم له تفريغ أشجاره، انتهى.

وهو ظاهر كبيع الزرع الأخضر بشرط قلعه، وقال من شرح بعض الكتاب من نبلاء العصر: أن مقتضى كلام الأصحاب أن ما شرط قطعه لا يكفي التخلية في قبضه؛ بل لا بُدّ من نقله.

وقال في قطعة شرحها من «المهذب»: هل التسليم فيه بالتخلية حتى تكون مؤنة القطع على المشتري ولايكون إلا بالنقل والتحويل فتكون مؤنته على البائع؟ إن الذي يظهر من كلامهم الثاني، ويظهر أمره فيما لو تلفت قبل قطعها: هل يجري فيها خلاف الحوائج؟ انتهى.

---

(١) أخرجه البخاري (٢/ ٧٦٣، رقم ٢٠٧٢)، ومسلم (٣/ ١١٦٦، رقم ١٥٣٤).

وَيَحْرُمُ بَيْعُ الزَّرْعِ الْأَخْضَرِ فِي الْأَرْضِ إِلَّا بِشَرْطِ قَطْعِهِ، فَإِنْ بِيعَ مَعَهَا أَو بَعْدَ اشْتِدَادِ الْحَبِّ جَازَ بِلَا شَرْطٍ.

وإلزام البائع مؤنة القطع بعيد معنىً وعرفًا، وأما كون التخلية لا تكفي ففيه نظر أيضًا. وتأمل قول: الْبَغَوِي في تعليل الجديد في مسألة الحوائج فإن بالتخلية حصل التسليم كما لو هلك المبيع بعد القبض.

ثم قال: ولو باعها بشرط القطع فلم يقطع بعد التخلية حتى أصابتها جائحة ففيه قولان: كما ذكرنا، وقيل: من ضمان المشتري قولًا واحدًا؛ لأنه فرط بترك القطع؛ ولأنه لا عملة بينهما؛ لأنه لا يجب السقي على البائع وقد يكون هنا من ضمان البائع قولًا واحدًا؛ لأن ما شرط فيه القطع يكون قبضه بالقطع والنقل، فإذا تلفت قبله يكون كتلف المبيع قبل القبض، وسياقه وتعليله يقتضي أن المذهب حصول القبض فيه بالتخلية كبادئ الصلاح، وتابعه الرَّافِعِي على ما ذكره حكمًا وتوجهًا وساء عبده لغرض، وذكرت في «الغنية» زيادة على هذا من كلام الإمام.

فائدة: لا فرق في الثمار بين ما يجذ كالبلح، أو يقطف كالعنب، أو يجمع كالبطيخ والقثاء والخيار، والباذنجان والتفاح والكمثرى والجوز واللوز، وكلها يجري فيها الأقسام السابقة في بيعها قبل بدو الصلاح منفردةً وتابعةً.

قال: (**وَيَحْرُمُ بَيْعُ الزَّرْعِ الْأَخْضَرِ فِي الْأَرْضِ إِلَّا بِشَرْطِ قَطْعِهِ**) أي: أو قلعه، ومراده، لا يصح البيع، وقد يريد الأمرين؛ لأن تعاطي العقود الفاسدة حرام، وعبارة «المحرر» لا يجوز بيع الزرع الأخضر والبقول إلا بشرط القطع أو القلع، وهي أتم فيحمل قول «المنهاج»: الزرع على ما ليس بشجر ليدخل النقل، ووجه اعتبار القطع أو القلع أنه ﷺ «**نهى عن بيع السنبل حتى يبيَضّ، ويأمن العاهة نهى البائع والمشتري**»[1] رواه مسلم.

قال: (**فَإِنْ بِيعَ مَعَهَا**) أي بيع الزرع الأخضر مع الأرض.

(**أَوْ بَعْدَ اشْتِدَادِ الْحَبِّ**) أي: وحده.

(**جَازَ بِلَا شَرْطٍ**)، أما الأول فكبيع الثمرة مع الشجرة، وأما الثاني فكبيع

---

(١) أخرجه مسلم (١٥٣٥).

وَيُشْتَرَطُ لِبَيْعِهِ وَبَيْعِ الثَّمَرِ بَعْدَ بُدُوِّ الصَّلَاحِ ظُهُورُ الْمَقْصُودِ: كَتِينٍ وَعِنَبٍ وَشَعِيرٍ،

الثمر بعد بدو الصلاح، ولو بيع من مالك الأرض أو مستحق منفعتها بوقف أو إجارة أو وصية فكبيع الثمرة من ربِّ الشجرة، وقطع بعضهم هنا بعدم اشتراط شرط القطع وإطلاق المصنف وغيره الجواز هنا بعد اشتداد الحب محله فيما يصح بيعه في سنبله كالشعير، وأخذ نوعي الذرة ونحوهما مما يبدو حبه، أما ما له كمام كالحنطة فلا يصح بيعه مع الأرض على المذهب، قاله: القاضي الحسين وغيره. واعلم أنهم اكتفوا في التأبير بطلعة واحدة، وفي بدو الصلاح بحبة واحدة، وقياسه أن يكتفي هنا باشتداد سنبلة واحدة، وفي النفس من ذلك في الجميع شيء.

فروع: لو باع الزرع الأخضر من مالك الأرض بالأرض صح، واشترط القطع، قاله: القاضي الحسين وجماعة، وعلى قياسه بيع الثمرة بالشجرة.

قال في «الكافي»: لو باع نصف الثمرة قبل بدو الصلاح مع الشجرة أو نصفها مطلقًا جاز، ولا يجوز بشرط القطع، وكذا لو باع نصف الزرع النقل مع نصف الأرض أو كلها مطلقًا يجوز، وبشرط القطع لا يجوز.

قال: ولو باع العنب أو الفصيل بشرط أن يرعاه دوابه لا يصح، ولا يجعل هذا كشرط القطع، قال الْمُتَوَلِّي وغيره: إذا اشتدت بعض السنابل كان كبدو الصلاح في بعض الثمار وفرض المسألة فيما إذا سنبل الجميع ظهر، والظاهر أنه لم يرد به الاشتراط، فإنه لو تسنبل بعض، واشتد بعض، يقبل بعد، فقياس المذهب أنه يتبع.

قيل: ويحمل أن يجري فيه خلاف فيما إذا طلع النخل بعد البيع هل يبيع المؤبر حالة البيع؟ وهذا بعيد.

قال: (**وَيُشْتَرَطُ لِبَيْعِهِ وَبَيْعِ الثَّمَرِ بَعْدَ بُدُوِّ الصَّلَاحِ ظُهُورُ الْمَقْصُودِ**) أي: لئلا يكون بيع غائب.

قال: (**كَتِينٍ وَعِنَبٍ وَشَعِيرٍ**) أي: ونحوها مما يظهر ثمره أو حبه لحصول الرؤية.

وَمَا لَا يُرَى حَبُّهُ كَالْحِنْطَةِ وَالْعَدَسِ فِي السُّنْبُلِ لَا يَصِحُّ بَيْعُهُ دُونَ سُنْبُلِهِ وَلَا مَعَهُ فِي الْجَدِيدِ، وَلَا بَأْسَ بِكِمَامٍ لَا يُزَالُ إِلَّا عِنْدَ الْأَكْلِ، وَمَا لَهُ كِمَامَانِ كَالْجَوْزِ وَاللَّوْزِ وَالْبَاقِلَّا فَلَا يُبَاعُ فِي قِشْرِهِ الْأَسْفَلِ، وَلَا يَصِحُّ فِي الْأَعْلَى، وَفِي قَوْلٍ يَصِحُّ إِنْ كَانَ رَطْبًا.

قال: (**وَمَا لَا يُرَى حَبُّهُ كَالْحِنْطَةِ وَالْعَدَسِ فِي السُّنْبُلِ لَا يَصِحُّ بَيْعُهُ دُونَ سُنْبُلِهِ**) لاستثنائه. وقال المحاملي: بالإجماع.

وقال في «الروضة»: قطعًا، وقال القاضي الحسين في «تعليقه»: على الصحيح، وأشار إلى خلاف لنا فيه، وأحسبه مأخوذ من بعض الطرق في بيع الغائب.

قال: (**وَلَا مَعَهُ فِي الْجَدِيدِ**) لأن المقصود مستتر بما ليس من صلاحه كالحنطة في نبتها بعد الغراس؛ فإنه لا يصح قطعًا، والقديم الجواز مفهوم النهي عن بيع الحب حتى يشتد، صححه ابن حبان؛ ولأن بقاءه فيه من مصلحته.

فرع: الأرز كالشعير، وقيل: كالحنطة والذرة، نوعان: بارز الحبات كالشعير، وفيه كمام كالحنطة.

قال: (**وَلَا بَأْسَ بِكِمَامٍ لَا يُزَالُ إِلَّا عِنْدَ الْأَكْلِ**) وذلك في الثمار كالرمان والموز والبطيخ، وفي الزرع كالعلس، وكذا الباذنجان والأرز على خلافٍ رآه فيه، وقصب السكر صلاحه في بقائه في قشره كالجوز ونحوه في القشرة السفلى.

قال الْمَاوَرْدِي: فيصح بيعه إذا بدت فيه الحلاوة أي: يبقى إلى أوان قطعه.

قال: (**وَمَا لَهُ كِمَامَانِ كَالْجَوْزِ وَاللَّوْزِ وَالْبَاقِلَّا فَلَا يُبَاعُ فِي قِشْرِهِ الْأَسْفَلِ**)؛ لأن بقاءه فيه من مصلحته.

قال: (**وَلَا يَصِحُّ فِي الْأَعْلَى**) أي: بأعلى الشجر، ولا على الأرض، صرح به «المحرر» لاستتاره بما ليس من مصلحته.

قال: (**وَفِي قَوْلٍ يَصِحُّ إِنْ كَانَ رَطْبًا**) فإن جف لم يصح قطعًا، قاله: في «تنقيح الوسيط» واقتضى إطلاق المصنف أنه لا يصح بيع اللوز الرطب على المرجح، وقد جزم هو وغيره بالصحة قبل انعقاد القشرة السفلى؛ لأنه مأكول كله كالخيار، وهو المختار إن بيع على الأرض، وكذا على الشجر بشرط

وَبُدُوُّ صَلَاحِ الثَّمَرِ ظُهُورُ مَبَادِي النُّضْجِ وَالْحَلَاوَةِ فِيمَا لَا يَتَلَوَّنُ، ....

القطع؛ لأن المقصود منه حينئذٍ الأكل رطبًا، واقتضى إيراد جماعة إجراء القولين في هذه الحالة، وعللوا الجواز بما ذكرناه، وممن رجح جواز بيع الباقلاء الرطب في قشرته القاضي الحسين والشيخ أبو علي السنجي، والإمام، واختاره ابن القاص والإصطخري، وأصحابنا البصريون، والإجماع الفعلي عليه فهو المختار، ومثله اللوبياء كما قاله الدارمي والصيمري، وجزم به فيهما في «شرح الكفاية» وصرَّح أبو علي في «شرح التلخيص» بإلحاق الجوز واللوز والباقلاء، وحكم بالصحة فيهما، وبه جزم الجويني في «الفروق» في الثلاثة.

قال في «التلخيص»: يجوز بيع الفول الرطب في قشرته، قلته تخريجًا.

قال أبو علي: اختلف أصحابنا، فقيل: لا يجوز، كما لو كان يابسًا، وقيل: يجوز، وهو الأصح، وقد قال الربيع: أمرني الشافعي ﷺ ببغداد أن أشتري له الفول الرطب، فدل على جوازه، وقد نصَّ الشافعي ﷺ في الجوز الرطب أنه يجوز بيعه في قشرته، فمثله الفول، وفقه هذا أنه ما دام رطبًا بذلك القشر من صلاحه؛ لأن رطوبته تبقى عليه معه أيامًا، وإذا كان من صلاحه لم يمنع من جواز بيعه بخلاف ما بعد الجفاف، انتهى.

فرع: في بيع الأرز في قشرته العليا وجهان، صحح المصنف في «فتاويه» الجواز وهو الصحيح، وعليه العمل، وأغرب فصحح عنها صحة السلم فيه، وليس كذلك كما سيأتي، وقال الشيخ أبو علي: عامة أصحابنا على جواز بيعه، ورأيت أنه لا يجوز في القشرة العليا، وهذا ليس بشيء؛ لأنه من صلاحه فهو كلُبِّ الجوز واللوز، انتهى.

وهذا هو الوجه، وفي المسألة خبط، وما ذكرته هو المعتمد.

قال: **(وَبُدُوُّ صَلَاحِ الثَّمَرِ ظُهُورُ مَبَادِي النُّضْجِ وَالْحَلَاوَةِ فِيمَا لَا يَتَلَوَّنُ)** أي: بأن يصفو ويلين، قاله في «المحرر» وعبارة الشرحين: ظهور النضج ومبادئ الحلاوة.

قال في «الكبير»: وزوال العفوصة أو الحموضة المفرطتين، وفي

وَفِي غَيْرِهِ بِأَنْ يَأْخُذَ فِي الْحُمْرَةِ أَو السَّوَادِ، وَيَكْفِي بُدُوُّ صَلَاحِ بَعْضِهِ وَإِنْ قَلَّ.

«الصغير» وزوال العفوصة أو الحموضة الشديدتين، انتهى.

(وَفِي غَيْرِهِ) أي: وهو ما يتلون.

(بِأَنْ يَأْخُذَ فِي الْحُمْرَةِ أَو السَّوَادِ) والأصل في هذا النهي عن بيع الثمار «قالوا: وما زهوها؟ قال ﷺ: **تحمرّ وتصفرّ**» متفق عليه[1] واللفظ لمسلم.

واعلم أن الرَّافِعِي لم ير النص المضبوط المذكور في الكتاب، وأفسده بالقثاء، ونحوه مما يستطاب أكله عند تصفره أو بدو صلاحه، بأن يكثر بحيث يجيء في الغالب، ثم ضبطه بأن ينتهي إلى الحالة التي تقصد منه غالبًا، ولم يرد المصنف الحصر فيما ذكره بل التمثيل، وقسم الْمَاوَرْدِي وتبعه الروياني ذلك ثمانية أقسام: اللون، والطعم، والنضج، والاشتداد، والطول، والامتلاء، كالعلف، والكبر كالقثاء، والتشقق كالقطن، والانفتاح كالورد، وسبق كلام شيخه الصيمري في ورق التوت أن يتفتح كأرجل البط.

قال: **(وَيَكْفِي بُدُوُّ صَلَاحِ بَعْضِهِ وَإِنْ قَلَّ)** أي: ولو حبة واحدة كعنبة أو بسرة أو مشمشة أو بطيخة، كما قاله: القاضي أبو الطيب وغيره؛ لأن الثمار لا يطيب دفعة واحدة منَّةً من الله سبحانه وتعالى أطاله لزمن التفكه، فلو شرط في البيع طيب الجميع أدى ألا يباع شيء أو تباع الحبة بعد الحبة، وفيه حرج بيِّن، وما ذكره هو مع اتحاد الجنس فصلاح التين مثلًا لا يكون صلاحًا للعنب ولا بالعكس، وأما النوع فهل يكون صلاح البرني مثلًا صلاحًا للعجوة؟ الأصح المنصوص في «الأم» نعم.

وقال القاضي أبو الطيب: الصحيح الذي ذكره القاضي أبو حامد ونص عليه في «البويطي» المنع؛ لأنه نص أن الصلاح إذا بدا في الثمرة الصيفية لا يكون بدوًّا له في الثمرة الشتوية، فكذا في النوعين مثله، انتهى.

وقال شارح محقق: وكلام الشافعي وصلاح الثمرة إذا حمرت أو صفرت في الحائط بحلة واحدة فقد جاز بيعه، وإن كان بعضها صيفيًّا وبعضها شتويًّا،

---

(١) أخرجه البخاري (٢٢٠٨) ومسلم (١٥٣٥).

وَلَوْ بَاعَ ثَمَرَةَ بُسْتَانٍ أَو بَسَاتِينَ بَدَا صَلَاحُ بَعْضِهِ فَعَلَى مَا سَبَقَ فِي التَّأْبِيرِ.

وَمَنْ بَاعَ مَا بَدَا صَلَاحُهُ لَزِمَهُ سَقْيُهُ قَبْلَ التَّخْلِيَةِ وَبَعْدَهَا، ....

فلا يجوز إلا أن يبيع كل واحد منهما على حاله، وظاهر هذا أنه في الجنس الواحد، وحمله على الجنسين بعيد، وإذن لا وجه للقول بأن بعض الأنواع تابع لبعض، وإن كان بعضها صيفيًّا وبعضها شتويًّا لمخالفته النص فإما أن يقال: بأنه شاهد؛ لأن اختلاف النوع مؤثر في قطع التبعية، كما قاله أبو الطيب وإما أن يقال: يفرق في الأنواع بين ما يتقارب إدراكها؛ فيحكم فيها بالتبعية وبين ما تأخر فلا يحكم؛ بل لا ينظر إلى اختلاف الأنواع بل إلى تقارب الزمان، وإن اتحد النوع كالمعقلي وكان منه ما يكون في الصيف، ومنه ما يكون في الشتاء لا يتبع أحدهما الآخر في الصلاح، هذا هو الأقرب إلى كلام الشافعي المذكور، والمعنى والفقه يقتضيه، فإن المقصود هنا الأمن من العاهة والقول بأن اختلاف الأنواع لا أثر له، وإن بان اختلاف الأنواع مؤثرًا مطلقًا مخالف لنصه المنقول عن «الإملاء».

قال: وما قبله فحش أن يكون وجهًا، وبه يحصل الجمع بين النصين، ويمكن أن يحمل النص في الصيفي والشتوي على الجنسين، انتهى.

قال: **(وَلَوْ بَاعَ ثَمَرَةَ بُسْتَانٍ أَو بَسَاتِينَ بَدَا صَلَاحُ بَعْضِهِ فَعَلَى مَا سَبَقَ فِي التَّأْبِيرِ)** أي: فلا تتبع جنس غيره ولا جنسه إذا أفرد بالبيع ما لم يبدو صلاحه على الأصح، ولا إذا اختلف البستانان على المذهب، ويتبع إذا اختلف النوع على المرجح.

قال: **(وَمَنْ بَاعَ مَا بَدَا صَلَاحُهُ)** أي: من ثمر أو زرع.

(لَزِمَهُ سَقْيُهُ قَبْلَ التَّخْلِيَةِ وَبَعْدَهَا) أي: قدر ما يحتاجه الثمر ويسلم من التلف والفساد، هذا هو المذهب المشهور، وجعلوه من تمام التسليم.

وقال القاضي الحسين: فيه وجهان: ثانيهما أنه على المشتري، وأشار إلى بيانهما على الجائحة من ضمان المشتري فالسقي عليه، وجعل الشاشي أصلهما قول الحوائج لكن المذهب أن الجائحة من ضمان المشتري وأن

وَيَتَصَرَّفُ مُشْتَرِيه بَعْدَهَا].

السقي على البائع فلو شرطه على المشتري.

قال الشافعي والأصحاب: بطل البيع.

قال الْبَغَوِي: لو شرط كيل المكيل عليه، وعلله غيره فإن السقي مجهول، وعن القاضي أبي حامد أنه، ولو كان معلومًا أبطلناه أيضًا من حيث إنه بيع وإجارة في أول قوله.

تنبيهات: قال شارح: أطلقوا وجوب السقي، وينبغي أن يكون ذلك إذا باعها مطلقًا أو شرط الإبقاء، أما لو باعها بشرط القطع بعد الصلاح أو قبله فلا؛ لأن له الإجبار على القطع، فكيف يجبره على السقي، انتهى.

قلت: أما قبل الصلاح فصرح به الأصحاب، ومنهم الرَّافِعِي والمصنف والبغوي وغيرهم، وذكروه عند الكلام في الحوائج، وعنده احترز «المنهاج» بقوله: ما بدا صلاحه وما ذكره في صوره شرط قطع بادي الصلاح فهو قضية تعليلهم إيجاب السقي، نعم ويقال: لو كثر الثمر، وكان لا يتأتى قطعه إلا في زمن طويل يحتاج فيه السقي منه تكلفة، وفيه نظر، ولو اشترى رب الشجرة الثمر ممن ملكه بوصية أو غيرها فقول: ما سيأتي عن المصنف أنه لا يجب على بائعها السقي لانقطاع العتق بينهما، وإلى متى ينتهي زمن وجوب السقي؟ يجمع فيه ثلاثة أوجه وأقوال: أصحها إلي أوان الجذاذ، والثاني: يتأخر عنه زمنًا لا ينسب المشتري إلى أوانه بتركه الثمر على الشجر، والثالث: إلى وقت الجذاذ، وعبارة «فتاوى الْقَفَّال»: عليه السقي إلى أن ينتهي.

قال: فلو شرط عليه المشتري أن يسقيه مرةً واحدةً أو عددًا معلومًا بطل البيع؛ لأن السقي يكون قدر الكفاية، ولا خفاء أن السقي إنما يلزم البائع فيما عادته السقي، أما المعقلي فلا، ولو غارت العين أو انقطع النهر هل يكلف تحصيل الماء عند إمكانه أو لا يكلفه؟ فيه احتمال، وفي «سلسلة الجويني» ما يقتضي القطع بأنه لا يكلف ذلك، والله أعلم.

قال: (**وَيَتَصَرَّفُ مُشْتَرِيه بَعْدَهَا**) أي: بعد جريان التخلية من كل وجه،

قال المصنف: [وَلَوْ عَرَضَ مُهْلِكٌ بَعْدَهَا كَبَرْدٍ فَالْجَدِيدُ أَنَّهُ مِنْ ضَمَانِ الْمُشْتَرِي.

وهذا الكلام وما يقدمه من الكلام في وجوب السقي أصلان قدما لمسألة الحوائج الآتية.

قال: (**وَلَوْ عَرَضَ مُهْلِكٌ بَعْدَهَا**) أي: بعد التخلية المذكورة.

(**كَبَرْدٍ**) أي: وغيره من الآفات السماوية، ويتلف ببرد وعدمه.

قال: (**فَالْجَدِيدُ: أَنَّهُ مِنْ ضَمَانِ الْمُشْتَرِي**)؛ لأن القبض حصل بالتخلية وصار كما لو هلك بعد القطاف. وفي «صحيح مسلم»: «أن رجلًا أصيب في ثمار ابتاعها، فقال النبي : «**تصدقوا عليه**» ففعلوا، ولم يبلغ ذلك وفاء دينه، فقال النبي : «**خذوا ما وجدتم وليس لكم إلا ذلك**»[(١)] ولو كانت الجائحة من ضمان البائع لا تسقط عنه الديون التي لحقته من أثمان الثمار التالفة والقديم، ونسب إلى الصرف من جديد أنه ضمان البائع بشرط كون المشتري فيه مالك الشجر، وإن حصل التلف قبل إمكان الجذاذ لما في «صحيح مسلم» أنه «**أمر بوضع الحوائج**»[(٢)] والأول حمله على الندب أو على ما قبل التخلية جمعًا بين الأدلة، وقام القول الأول بالأصل الثاني، والثاني بالأصل الأول.

تنبيهات: مثل المصنف بالبرد ليشير إلى أن الخلاف في الآفة السماوية أما لو غصبت الثمرة أو سرقت بعد التخلية، فمن ضمان المشتري قطعًا، وقيل: على القولين في الجائحة، ونسب إلى العراقيين، وهو قول بعضهم وقطع شيخهم أبو حامد بأنها من ضمان المشتري.

وأشار الدارمي منهم إلى الطريقين، وقال الْمُتَوَلِّي: القول أنه من ضمان البائع نظر إلى أن القبض لم يتم كما لو أخرب أجنبي دارًا مستأجرةً.

---

(١) أخرجه أحمد (٣/ ٣٦، رقم ١١٣٣٥)، وعبد بن حميد (ص ٣٠٦، رقم ٩٩٢)، والترمذي (٣/ ٤٤، رقم ٦٥٥) وقال: حسن صحيح. ومسلم (٣/ ١١٩١، رقم ١٥٥٦)، وأبو داود (٣/ ٢٧٦، رقم ٣٤٦٩)، والنسائي في الكبرى (٤/ ١٩، رقم ٦١٢١)، وابن ماجه (٢/ ٧٨٩، رقم ٢٣٥٦).

(٢) أخرجه البيهقي في السنن المأثورة (١ / ٣٤٥)، وابن حزم المحلي(٨/ ٣٨٤) وأبو طاهر المقدسي في «أطراف الغرائب والأفراد» (٥/ ٢٣٧).

....

وقال غيره: الخلاف مفرع على القديم أما على الجديد فلا ضمان قولًا واحدًا.

وقال الشيخ أبو محمد في «السلسلة»: أو أوضعها الحوائج بالآفة السماوية، فهو بوضع السرقة على قولين أحدهما: يوضع أيضًا إلى وقت انفصال الثمار عن الأشجار، والثاني: لا لتعذر الاحتراز من تلك، وإمكانه هنا فعلى هذا إذا رطبت الثمار وأمكن الجذاذ فقد انتهى وضع الحوائج ولا يوضع ما بعده بحال، انتهى.

ولو تلفت بجناية البائع فقيل: كالآفة، وقيل: كالأجنبي، ذكره الْمَاوَرْدِي، والظاهر أن دخول أهل الحرب دارنا -والعياذ بالله تعالى- وإفسادهم المثمر آفةً سماويةً كالجراد؛ لأنهم عللوا إتلاف الأجنبي بالتغريم، وإمكان الحفظ منه، ولا فرق بين أن يكون التلف في حال إمكان السقي أو بعدده بانقطاع الماء، وسنتكلم عليه.

ولا فرق في جريان القولين بين أن نقل الجائحة أو يكثر، وأطلق المصنف نقل القولين، ومحلهما ما إذا تلفت قبل وقت الجذاذ كما أشرنا إليه أما بعد وقته وإمكان النقل فمن ضمان المشتري على المشهور، وبه قطع الشيخ أبو حامد وغيره، وفيه وجه.

قال الإمام: وهذا الخلاف إذا لم يعد مقصرًا مضيعًا بتأخره كاليوم واليومين فإن عد فلا امتناع للخلاف.

وقال والده في «السلسلة»: إذا قلنا توضع الجائحة فإلى أي وقت توضع؟ فعلى قولين: أحدهما: إلى أوان الجذاذ وانفصال الثمار عن الأشجار.

والثاني: إلى وقت الإرطاب، ويمكن المشتري من الجذاذ، فإن أخر مع التمكن عن أول الإرطاب لم يوضع ثم بناها على القولين السابقين في السرقة؛ إذا قلنا: بوضع الجائحة السماوية، وذكر ما قدمناه، وفيه إشكال وما سبق فيما إذا بيعت الثمار مفردة فلو بيعت مع الشجر إما تبعًا وإما بالشرط بعد التأثير وكان

فَلَوْ تَعَيَّبَ بِتَرْكِ الْبَائِعِ السَّقْيَ فَلَهُ الْخِيَارُ، ....

المشتري مالك الشجر إليه فهي من ضمانه قولًا واحدًا لانقطاع العلائق بينهما.

قيل: وفي «الأم» ما يقتضي جريان القولين فيه إذا احتيجت الثمرة، وهو غريب مخالف لكلام الأصحاب.

واعلم أنه لا يختص قولا الحوائج بالثمار؛ بل يجريان في الزرع إذا بيع بعد الاشتداد فأصابه جائحة قبل الحصاد، وينبغي أن يقال: قبل أوان الحصاد.

قال: **(فَلَوْ تَعَيَّبَ بِتَرْكِ الْبَائِعِ السَّقْيَ فَلَهُ الْخِيَارُ)** أي: التمر المبيع أما على القديم فواضح؛ لأنه عيب حصل قبل القبض أو قبل إتمام القبض، وأما على الجديد فهو قول: أبي إسحاق والصيدلاني.

وقال الإمام: إنه على إشكاله متفق عليه، وعليه اقتصر الرَّافِعِي، ونصَّ عليه في «الأم» في باب الجائحة، ومن الأصحاب من قال: هذا على قوله القديم.

وقال أبو علي الطبري: إن الثمرة إذا عطشت وتعذر على البائع سقيها لا يثبت للمشتري الرد على الجديد، وهذا هو القياس، وقضية كلام الشافعي في «الأم» وكلام الشيخ أبي محمد في «السلسلة» وعلى الإمام ثبوت الخيار، فإن البائع ملتزم بنماء الثمار، فالعيب لهذا السبب كعيب متقدم مشبه بخيار الحلف، وإذا أثبتنا الخيار.

قال الْمُتَوَلِّي: تكليفه قطعًا، وإن كان في التبقية إضرار وقد سبق في مثله خلاف، فالظاهر في القياس أنه إذا لم يتوف بقائها على الشجر فائدة للمشتري وأضر بقاؤها بالشجر أنه يكلف قطعًا.

تنبيهات: وقع في «المحرر» أنها إذا بيعت بالجائحة له الخيار، وهذا لا يجيء على الجديد، وانتقده المصنف في «الدقائق».

وقال: الصواب قول «المنهاج» بترك السقي.

قلت: والظاهر أن هذا وقع في بعض النسخ محرفًا من ناقل.

وعبارة «تهذيب المحرر» للشيخ عز الدين أبي القاسم عبد الله بن الحسين بن عبد الملك الواسطي، ولم أر مختصرًا أحسن عبارةً منه، وعليه سقي أشجارها

وَلَوْ بِيعَ قَبْلَ صَلَاحِهِ بِشَرْطِ قَطْعِهِ وَلَمْ يُقْطَعْ حَتَّى هَلَكَ فَأَوْلَى بِكَوْنِهِ مِنْ ضَمَانِ الْمُشْتَرِي.

قبل التخلية وبعدها حتى نضمن ما حدث بتركه من هلاك وعيب، انتهى.

وقال صاحب «فتاوى المحرر»: فإن تلف بتركه انفسخ، وإن كان بعيب يخيَّر، انتهى.

وذلك شاهد لوقوع خلل في بعض النسخ في المطالبة بالأرش وجهان في «الوسيط» محلهما إذا أثبتنا الخيار فلم يفسخ، وهما كالوجهين في الحجارة، ومقتضى القول بالخيار أن يكون الأصح ثبوت الأرش.

قال شارح: وإذا حقق أخذ الأرش في الحجارة اقتضى ألا خيارهنا ولا أرش.

فرع: لو تلف بترك السقي فطريقان أحدهما: أنه على القولين، وأصحهما عند الرَّافِعِي ينفسخ قديمًا وجديدًا، واستشهد بالعبد المرتد والمريض والسارق، ولك أن تقول: الصحيح عنده في المرتد الانفساخ حالة الجهل دون العلم، وفي المريض عدم الانفساخ، وعلى توسط الْبَغَوِي جعل المرض المخوف كالجهل دون غير المخوف، والأشبه إلحاق الثمار بالمرض بضعفها، وهي بعد الصلاح تشبه المرض غير المخوف، فإن ألحقها بالمرض فينبغي أن يكون الأصح عدم الانفساخ، وإن غير إلحاق شيء من تلك المسائل إلى دليل، وفي الملتزم موجب للانفساخ.

قيل: مجرد ترك السقي الملتزم موجب للانفساخ من غير إلحاق شيء من تلك المسائل إلى دليل، وفي الفرع زيادات مفيدة ذكرتها في «الغنية».

قال: **(وَلَوْ بِيعَ قَبْلَ صَلَاحِهِ بِشَرْطِ قَطْعِهِ وَلَمْ يُقْطَعْ حَتَّى هَلَكَ)** أي: بعد التخلية **(فَأَوْلَى بِكَوْنِهِ مِنْ ضَمَانِ الْمُشْتَرِي)**، هكذا فرض الرَّافِعِي المسألة في الشرحين و«المحرر» فيما قبل الصلاح.

وعبارة «الروضة» تشعر بفرضها بعد الصلاح، وتشبه خلل حصل فيما اختصر منه أوضحه - إن شاء الله تعالى - في «الوسيط»، والكل سواء، ففي

وَلَوْ بِيعَ ثَمَّ يَغْلِبُ تَلَاحُقُهُ وَاخْتِلَاطُ حَادِثِهِ بِالْمَوْجُودِ كَتِينٍ وَقِثَّاءٍ لَمْ يَصِحَّ إِلَّا أَنْ يُشْتَرَطَ عَلَى الْمُشْتَرِي قَطْعُ ثَمَرِهِ، وَلَوْ حَصَلَ الِاخْتِلَاطُ فِيمَا يَنْدُرُ فِيهِ، ....

الحالتين إذا كان البيع بشرط القطع ثلاثة طرق: أظهرها أنه على القولين، والثاني: من ضمان المشتري قطعًا لتفريطه، والثالث: عكسها؛ لأن ما شرط قطعه يكون قبضه بالقطع والنقل، وقيل: إن لم يتمكن من قطعه فعلى القولين، وإن تمكن فلا لتقصيره.

إشارة: قوله: (قبل صلاحه) قد يفهم أنه لو بيع بعد صلاحه بشرط قطعه أن الحكم يختلف وليس كذلك، وكذلك أطلق صاحبا «التهذيب» و«الكافي» نقلا الخلاف فيما إذا باع بشرط القطع ليشمل الحالين، وقول المصنف أولى أي: بكونها من ضمانه مما إذا اقتضى الحال البقاء إلى الجذاذ فيما إذا تقدم للتقصير هنا، ولا وجه للخلاف إذا طالبه البائع بالقطع، وأخر عنادًا ولا سيما إذ ألزمه الحاكم به.

قال الشارح: (وَلَوْ بِيعَ ثَمَّ يَغْلِبُ تَلَاحُقُهُ وَاخْتِلَاطُ حَادِثِهِ بِالْمَوْجُودِ كَتِينٍ وَقِثَّاءٍ لَمْ يَصِحَّ إِلَّا أَنْ يُشْتَرَطَ عَلَى الْمُشْتَرِي قَطْعُ ثَمَرِهِ) نبَّه بقوله: يغلب على ما يندر، وسنذكره، وبقوله: واختلاط على ما لو أمكن التمييز فإنه يصح، ولا عبرة بذلك الاختلاط.

قال الْبَغَوِي: ولو لم يعلم أنه يختلط أولًا جاز بيعه مطلقًا، وإن علم أنه إذا خرج اختلط بالأول اختلاطًا لا يتميز معه لم يصح إلا بشرط القطع لتعذر التسليم، فإن شرط فلم يتفق القطع حتى اختلط فسنذكره، ولنا قول، ويقال: وجه أنه يصح من غير شرط، وينعقد موقوفًا، فإن سمح له البائع بما حدث يتبين انعقاد البيع وإلا فلا.

إشارة: قوله: المشتري ليس بعيد والعرض وجوب اشتراط القطع سواء شرطاه أو أحدهما ووافقه الآخر.

قال: **(وَلَوْ حَصَلَ الِاخْتِلَاطُ فِيمَا يَنْدُرُ فِيه)** ولو حصل الاختلاط فيما يندر فيه، أي: الاختلاط، وكذلك فيما يغلب فيه إذا صححنا البيع فاختلط لتأجير

فَالْأَظْهَرُ أَنَّهُ لَا يَنْفَسِخُ الْبَيْعُ ....

القطع أو غيره، وعبارة الكتاب توهم اختلاف حكمهما.

قال: (**فَالْأَظْهَرُ أَنَّهُ لَا يَنْفَسِخُ الْبَيْعُ**) أي: لبقاء عين المبيع، وإمكان تسلمه بالطريق الآتي، والثاني ينفسخ؛ لتعذر التسليم المستحق، وهو تسليم المبيع وحده، وهذا القول المرجح نقله الربيع واختاره المزني، وقال الْغَزَالِي في «الوجيز»: لعله أظهر، وجزم الرَّافِعِي في كتبه بترجيحه إلا أنه قال في «الشرح الكبير» خاصة أظهرهما على ما رواه المصنف.

وقال هو والغزالي: إن الخيار للمشتري، وقضيته أن له أن يفسخ ويبادر بالفسخ، والموجود في كتب الأكثرين و«مختصر المزني» إلى البائع بالخيار إن سمح بحقه أقر العقد، وإن لم يسمح فسخ العقد.

قال القاضي أبو الطيب وغيره: والفاسخ الحاكم، وهذا أشبه مما ذكره الرَّافِعِي؛ فإن الفسخ هنا للضرورة، والمساقطة لا للعيب وينشأ من هذا أن الفسخ على جعله كالعيب يكون فوريًا، وعلى ما ذكرناه لا يشترط، وممن صحح قول: الانفساخ القاضي أبو الطيب وصاحب «المهذب» والشاشي وابن أبي عصرون والمصنف في «تنقيح الوسيط» ونصَّ عليه الشافعي في «الأم» و«الإملاء» وهو المختار؛ لأن التلاحق الطارئ إن لم يكن مانعًا من التسليم فينبغي أن يصح البيع عند العلم بدو المشهور، وإن كان مانعًا وجب أن ينفسخ العقد قبل القبض كالذرة تقع في بحر وليس كالآبق؛ لأنه يرجى عوده، وتسليمه جبرًا، وحيث أطلقنا التسليم المستحق أردنا ما يجبر البائع عليه ويجبر المشتري على قبوله.

تنبيه: القولان فيما قبل التخلية فإن حصل الاختلاط بعدها فكذلك عند الجمهور، وكذلك أطلق المصنف.

وقال المزني وغيره: لا ينفسخ قولًا واحدًا، وقضية كلام بعضهم ترجح هذه الطريقة، ويجري القولان قبل التخلية والإقباض في الحبوب والمائعات سواء كان الاختلاط من جهة البائع أو المشتري عن قصد أو غيره كما يقتضيه لفظه في «الأم» وهذا كله فيما لم يتميز فإن تميز بكبر أو صغر أو رداءة أو جودة أو غير ذلك فلا فسخ ولا انفساخ، ويأخذ كل واحد ماله، ولو اختلط الثوب

بَلْ يَتَخَيَّرُ الْمُشْتَرِي، فَإِنْ سَمَحَ لَهُ الْبَائِعُ بِمَا حَدَثَ سَقَطَ خِيَارُهُ فِي الْأَصَحِّ.

بأمثاله أو الدابة المبيعة بأمثالها فالصحيح الانفساخ، وقيل: لا؛ لإمكان تسليمه بتسليم الجميع.

قال: (**بَلْ يَتَخَيَّرُ الْمُشْتَرِي، فَإِنْ سَمَحَ لَهُ الْبَائِعُ بِمَا حَدَثَ سَقَطَ خِيَارُهُ فِي الْأَصَحِّ**) أي: المشهور ولزوال المحذور، وسَمَح: بفتح الميم قاله في «الدقائق» وما ذكره تفريع على ما رجحاه من عدم الانفساخ، والثاني: لا يسقط خياره للمنَّة.

قال الإمام: وهو الأقيس على الوجهين إن تشاحّا فسخ العقد، ولم يذكر العراقيون وغيرهم على هذا القول خلافًا بل قالوا: يقال للبائع: إن تركت حقك أقر العقد، وإن لم تتركه فسخه الحاكم. وقد سبق هذا مع بيان أن ما ذكره الْغَزَالِي وإمامه والرافعي من تخيير المشتري أولًا، وهو غريب.

قال في «المطلب»: وهو مخالف لنص الشافعي والأصحاب فإنهم عكسوا، فخيروا البائع أولًا في أصل «الروضة» قول: ثالث أنه لا انفساخ ولا خيار، وأن الاختلاط قبل القبض كالاختلاط بعده، ونقله الجوري عن ابن سلمة والمروزي.

ثم قال الرَّافِعِي بعد نقله عن صاحب «التقريب» ما للفظ الذي ذكرناه: والمذهب الأول، وفي «الشرح الصغير» والظاهر الأول، وشامل قوله وإن الاختلاط قبل القبض كهو بعده هل المراد بهذا القبض الجذاذ أو التخلية؟ فإن أراد الثاني فقد ذكر أن عامة الأصحاب على التسوية بين ما قبل التخلية وما بعدها، وعبارة «الروضة» وفي قول ضعيف لا خيار والاختلاط قبل القبض كهو بعده، وعبارة «البسيط»: وحكى صاحب «التقريب» قولًا: ثالثًا في نفس المسألة يعني: أصل المسألة أنه لا ينفسخ ولا خيار؛ لأن المبيع قائم، وإنما هذا اختلاط بين ملكين، فيقسم بالمصالحة والمخاصمة، وعبارة «النهاية» وحكى صاحب «التقريب» قولًا: ثالثًا في المسألة وهو أن العقد لا ينفسخ ولا خيار، ويجعل الاختلاط قبل القبض بمثابة الاختلاط معه، وقيس هذا القول: على ما بعدها؛ لأن الاختلاط بعدها يوجب الانفساخ عند كثيرين لحصول

....

القبض بها، وهو قياس ظاهر، والظاهر أن موضع قول: الانفساخ فيما بعد التخلية إذا كان قد بقي على البائع عمله السقي، أما إذا لم يكن ذلك كما هو في بعض الأحوال فلا لانقطاع التعلق بينهما.

إشارة: سنة جماعة إعراض البائع عنه عن حقه بإعراض المشتري عن النقل.

قال ابن الرِّفْعَة: وذكره الإمام في أنه هل يجبر أو لا؟ ورجح من عنده أنه لا يجبر المشتري على قول: في الثمرة، وقال: إنه على قول الأصحاب إذا ترك حقه هل يكون هبةً أو إعراضًا؟ فيه خلاف كالنقل، انتهى.

قال تلميذ له في شرحه: والذي في النهاية أن من أصحابنا من جعل الثمار كالنقل، ومنهم من قال: لا يلزم المشتري قبول منه، وجعل الثمرة إعراضًا بعيدًا جدًّا يلزم عليه ألا ينصرف في الثمرة بالبيع ونحوه فلا يحصل به مقصود، انتهى.

وقد يقال على قول الإعراض: إن المشتري يملكه بمجرد الإعراض كما صرحوا به في الإعراض عن السنابل ونحوها من سواقط الثمار، ولا سيما إذا كان المختلط يسير العرض عنه في العادة، وصرح المصنف في «شرح مسلم» في خاتم الذهب الذي طرحه رسول الله من يد صاحبه وأعرض عنه صاحبه أن يحل لأحد أخذه ويملكه، فإن صح التشبيه لم ينسد عليه التصرف في التمر، وصرح الإمام والغزالي هنا عن الأصحاب بالإجبار إذا سمح بالتمر وبه جزم الْمُتَوَلِّي، وحكى وجهين فيما إذا كان المبيع حنطةً أو مائعًا واختلط وسمح البائع هل يجبر المشتري أو لا؟ والمشهور عدم الفرق.

فروع: إحداها اشترى شجرةً وعليها ثمرة للبائع قد يلاحقها أو يغلب، وشرط القطع فتأخر حتى حدث حمل للمشتري واختلط ولم يتميز فطريقان: قال أبو علي بن خيران والطبري: لا ينفسخ قطعًا، بل يقال: من سمح منكما أقر العقد واختارها الإمام، وقال: إنها القياس الذي لا يسوغ غيره، وفي «البسيط» إنها القياس، وصححها في «الكافي».

وقال الأكثرون: هي على القولين، ونقلوهما عن الآخر، وقال الرَّافِعِي:

....

فإن قلنا الانفساخ، فإن سمح للبائع بثمرته أجبر المشتري على القبول، وأقر العقد وإن استمرا على النزاع فثبت القولان، قالوا: يفسخ العقد بينهما كما لو كان المبيع الثمر، وقال القاطعون: لا فسخ بل من كانت الشجرة في يده منهما صُدِّق بيمينه فيما يستحقه صاحبه.

قال الْبَغَوِي: وهذا هو القياس؛ لأن الفسخ لا يفيد دفع النزاع لبقاء الثمرة الحادثة للمشتري، وإن قلنا: بالانفساخ رد الشجرة مع جميع الثمار كذا ذكره الْمُتَوَلِّي، انتهى.

وتبعه في «الروضة» وقال في التنقيح: إجبار في الانتصار الانفساخ كما سبق في بيع الثمرة.

وقال الْمُتَوَلِّي: إذا قلنا لا ينفسخ، وهو الصحيح، فيقال: أيرضى بأن يترك جميع الثمرة للبائع؟ فإن ترك يلزم المشتري قبوله، وإن لم يفعل يقال للمشتري، فإن ترك يلزم البائع قبوله، فإن امتنعا فسخ العقد لتعدد إمضائه. وذكر الْبَغَوِي وغيره ممن لا أُحْصِه في التفريع مثل ما ذكره الْمُتَوَلِّي.

قال الْبَغَوِي: بخلاف المسألة الأولى، حيث قلنا: فدعا البائع إلى ترك حقه، ولا يدعي المشتري؛ لأن المبيع هنا هو الثمرة فإن ترك المشتري حقه لا ينفي له في مقابلة الثمن شيء، وهنا المبيع هو الشجر فترك الثمرة الحادثة للبائع لا يخلي الثمن عن العوض، انتهى.

وقال الدارمي: إذا باع شجرًا فيها ثمر تفي للبائع، ولم يقبضه حتى ظهر شيء آخر فإن امتاز فلكلٍّ حقه، وإن اختلط فتقدم مسألة بيع الباذنجان والرطبة ثم يختلط فقولان:

أحدهما: البيع باطل.

والثاني: إن تطوع بتسليم أو المشتري أو تراضيا على شيء فهو وإلا أبطلنا البيع، فإن تطوع أحدهما بتسليم الجميع، ولم نقبل الآخر فهل يجبر؟ على قولين: فإن تطوع أحدهما، وقبل الآخر ثم قبل القبض رجع المتطوع فعلى

....

وجهين بناء على إجبار صاحبه، إن قلنا: نجيز لم يقبل، وإلا قبلنا رجوع الواهب، وسواء قبل القبض وبعده.

قال الطبري: قيل في الرطبة يجبر على قبول الزيادة قولًا: واحدًا، انتهى لفظه وفيه فوائد.

الثاني: اشترى رطبة ونحوها بشرط القطع فما حدث له، أو شرط القطع فتركت حتى طالت.

قال الأكثرون: هي على القولين، وقيل: يقطع بالصحة، وعدم الانفساخ؛ لأن المبيع لم يختلط بغيره، وإنما زاد في نفسه. واعلم أنه إذا اشترى حزمة من الرطب لا يملك منها إلا الظاهر، وعن الماوَرْدِي خلاف في أن المراد بالحزمة الظاهرة أو ما جرت العادة بحزمة، وأما الزرع الذي يحصده مرةً إن اشتراه بشرط القلع فواضح أو بشرط القطع فتأخر حتى زاد.

قال الْمُتَوَلِّي: الزيادة للبائع، والحكم على ما سبق في الرطبة حتى لو تسنبل كانت السنابل للبائع. انتهى وتابعه عليه من شرح بعض الكتاب. وقال في غيره: قوله: «الزيادة للبائع والحكم على ما سبق» مخالف لقول الإمام أنها للمشتري بالاتفاق، وقوله: «إن السنابل تكون للبائع» فيه نظر؛ لأنها ليست حادثة من خاص ملكه؛ بل هي منهما على زائد، وجعلها المشتري أقرب، انتهى.

وهذا صحيح ولخص صاحب «التعجيز في شرحه للوجيز» المسألة فقال: لو اشترى ما يُجَزّ مرة واحدة، قال الإمام: يملك ظاهره، وأصله المستتر في الأرض بخلاف أصل مرارًا فلو شرط القطع جاز له القلع في الأول دون الثاني؛ لأن أصوله مقصودة ولم يملكها قاله الْبَغَوِي فلو تأخر القطع فزاد.

قال الْمُتَوَلِّي: الزيادة فيهما للبائع حتى السنابل ثم هذه الزيادة اختلطت بملك المشتري.

قال: وهذا يخالف لما حكيناه عن الإمام والبغوي من بيع أصل ما يُجَزّ مرةً، انتهى.

....

وذكر الرَّافِعِي والمصنف نحوه فقالا: إن القطن الذي لا يبقى أكثر من سنة كالزرع فإذا باعه قبل خروج الجوزق أو بعده، وقبل تكامل القطن وجب الشرط القطع ثم إن لم يقطع حتى خرج الجوزق فهو للمشتري حدوثه على ملكه، وذكر أنه إذا باع أصول البطيخ قبل خروجه فلا بد من شرط القطع أو القلع كالزرع الأخضر، فإذا شرطه ثم اتفق معًا وحتى خرج الحمل فهو للمشتري، انتهى، وكذا هو في «التهذيب» و«الكافي».

وقال الإمام بعد ذكره: ألا يصح بيع الزرع الأخضر إلا بشرط قطعه، وفي هذا الفصل سرد هو أنا لو فرضنا زرعًا ناجيًا من الآفة لا يحلف إذا جذ وقد تزداد إذا لم يجذ، فالذي رأيت الطرق عليه إن هذه الزيادة غير صائبة، وهي بمثابة نمو الثمار إلى وقت اتفاق القطع، وليست كزيادة الزرع المخلف، وهذا على بيانه قد نزل فيه من لا يطرد نظرة إليه، انتهى.

وقوله: لو فرضنا زرعًا ناجيًا من العاهة يشعر بأن الصورة غير ما نحن فيه، ولعل ابن يونس وغيره رأيا ما ذكره في موضع آخر.

واعلم أن في كلام الْبَغَوِي نوع اختلاف في المسألة؛ فإنه ذكر مسألة الرطبة، ثم قال: لو قال: لو باع الفصيل شرط القطع فلم يتفق حتى زاد وطال أو باع شجرًا مخلفًا كالخلاف أو القضية يشترط القطع فلم يقطع حتى زاد وطال أو باع ورق الفرصاد أول خروجه بشرط القطع فلم يقطع حتى خرج غيره أو باع الزرع بقلًا بشرط القطع فلم يقطع حتى زاد ففي انفساخ البيع قولان كالقّت.

قال: وعندي إذا كانت المقاطع معلومة مثل أغصان الفراصيد تبين مقاطعها فاتحدت الأوراق فوق القطع والطول يكون للمشتري، وفي القَتّ والكرّاث إذا طال أن ما انفسخ؛ لأن ما يحدث من أصله لم يقع غير مميز عما باع؛ لأنه لا يعرف مقاطعها بعد الزيادة، انتهى.

وما نقله موافق لكلام الْمُتَوَلِّي ويوافقه قول الشافعي، ولا يجوز بيع الفصيل إلا على أن يقطع مكانه مما يستخلف أو لا يستخلف، ثم قال: فإن اشتراه ليقطعه

....

ثم تركه وقطعه يمكنه فالبائع بالخيار في ترك الفصيل أو نقض البيع، فظاهره يشهد للمتولي إذا عرفت هذا فقضية كلام الْمُتَوَلِّي ونقله بعضهم عنه: إن أصل ما يجز مرةً باقٍ على ملك البائع، وهو قضية كلام الْبَغَوِي هذا أو ظاهره، وظاهر النص المذكور وأنه لا يجوز للمشتري قلعه، لكن ذكر في «التهذيب» بعد هذا أنه لا يجوز بيع القتَّ والفول في الأرض إلا بشرط القطع أو القلع لا يجوز قلعه؛ لأنه لم يملك الأصل وما لم يجزّ إلا مرةً واحدةً يجوز، انتهى.

فتجويز قلعه مع بيعه بشرط القطع يخالف ما تقدم عنه، ويقتضي إنما يحدث من طول سنابله يكون للمشتري خاصةً، وهذا هو المختار، وإن نازع فيه ظاهر النص، وهذا إجماع عملي، ووجه جواز القلع مع شرط القطع أن الظاهر أو الغالب أن البائع إنما يقصد بذلك تفريغ أرضه، وخلاصه من عهدة الزرع الأخضر بقطعه؛ لأن عروقه تبقى له، ولأنه لا ينتفع بها غالبًا، ولا يعد حالًّا؛ بل يعرض عنها صاحبها إعراضًا كليًّا ويبذل رب الأرض أجرة لمن يقلعها من أرضه بخلاف أصول ما تجنى مرة بعد مرة من القت والبقول، وهذا فرق واضح بين النوعين، وبه يظهر اختصاص المشتري بالسنابل، وأنه لا فسخ للبائع ولا خيار؛ لعدم الضرر، وفوات مالية معتبرة، بل العرف مطرد بالإعراض عنه بالسنابل وغيرها مما يعرض عنه أربابه، وقد ذكر الْقَفَّال وغيره في هذا الباب أن اطراد العُرف شيء بمثابة الشرط له، وللحنابلة اختلاف في السنابل ها هنا هل يكون للبائع أو المشتري بينهما؟ والله أعلم.

إشارات: لو سأل على الحنطة المبيعة مثلًا كحنطة أخرى قبل القبض، وهما مجهولتا القدر؟ فعلى القولين، وإن علم قدرهما إن قدر أحدهما يجبر المشتري، فإن فسخ رجع بالثمن وإلا صار يكال بقدر حنطته فيتقاسمان، وإن كان طعامًا مختلف القيمة بيع واقتسما ثمنه، وإن تراضيا بقسمته على الحصص دون القيمة جاز، قاله الْمَاوَرْدِي، وإن كان بعد القبض أو اختلطت التمرة بعد الجذاذ، فلا علم قدرهما أو قدر واحدهما تقاسما، وإن كانا مجهولين مالان اختلطا فإن اصتلحا وإلا صدق ذو اليد بيمنه، وأغرب الْمُتَوَلِّي فخلى في كتاب

....

الرهن أنه لا فرق في جريان القولين في مسألة الحنطة بين ما قبل القبض وما بعده، واعلم أنه ليس للحنطة ونحوها إلا حالان قبل القبض وبعده، وللثمار ثلاثة أحوال قبل التخلية وبعدها، وبعد الجذاذ، ولو اشترى الحنطة مكايلةً وقبضها جزافًا فاختلطت فعلى القولين.

الرابع: باع ثوبًا فاختلط بثياب أو شاة فاختلطت بقطيع لا تتميز.

قال الْمُتَوَلِّي والروياني: المذهب أنه يبطل البيع، ويفارق الخلطة؛ لأن الإشاعة هناك لا تمنع البيع، وهنا الاشتباه مانع من العضد، وقيل: لا يبطل؛ لأنه يمكنه التسليم بتسليم الجميع، ثم يكون حكمه حكم من اختلطت شاته بقطيع لإنسان، وما ذكراه من معنى الإشاعة والاشتباه ينبه على أن الثمرة والحنطة وسائر التماثلات يصير بالاختلاط يصير مشتركًا، وهو الأصح المذكور في الفلس. وقيل: كالهالك، وهو نظير القول بالانفساخ هنا، ولا يمنع القول بالاشتراك من ثبوت الخيار؛ ليبدِّل عين المستحقق في بعض المبيع، فلهذا فرق الْمُتَوَلِّي بين المثلي والمتقوم.

وقال: إن الشرط أن يتسلط بالقبض على التصرف في المقبوض وفي القطيع يقبض جملته لا يتسلط على التصرف فيها، قيل: ولك أن تقول إن كان إذا سمح بالتمرة كلها يملكها المشتري فلم لا يملك القطيع كله إذا سمح به البائع وحينئذٍ يتصرف فيه ولا فرق بينهما؟

وإن كان الْمُتَوَلِّي يقول: إن يترك البائع الثمرة فلا يملكها المشتري؛ ولكن يتسلط على التصرف فيها مشاعة، وتكون مشتركةً بينهما، فالمفهوم من كلام الأصحاب خلافه، والرافعي نقل كلام الْمُتَوَلِّي برمته، ولم يتعرض له، وساقه في «الروضة» بلا نسبة، وقال: إنه الأصح، ومن يقول بالفسخ كما هو المختار لا يرد عليه شيء من هذا.

فإن قلتَ: يرد عليه قوله في التفليس إنها بالخلط تكون مشاعًا في الأصح.

قلتُ: معارض بقولهم في الغصب له كالهالك على الأصح، ولعل

وَلَا يَصِحُّ بَيْعُ الْحِنْطَةِ فِي سُنْبُلِهَا بِصَافِيَةٍ وَهُوَ الْمُحَاقَلَةُ، وَلَا الرُّطَبِ عَلَى النَّخْلِ بِتَمْرٍ وَهُوَ الْمُزَابَنَةُ.

الحامل للمتولي على الفرق بين الثمار والشياه أن الثمار في الغالب تكون قليلةً مرغوبًا عنها بخلاف الشاة، وهذا صحيح؛ لكن يحتاج أن يقف معه فلا يطرد في الثمار الكبيرة والحنطة الكثيرة، ولم يفرق الأصحاب، انتهى.

الخامس: في فتاوى الْبَغَوِي: أنه لو وصل غصنًا له بشجرة يرد عدوانًا فما يحدث على الغصن من الثمرة يكون لصاحب الغصن لا لمالك الشجرة، وأفتى قاضي «حماة» - رحمه الله - تفقهًا أنه يكون بينهما مناصفةً؛ لأنه حصل من ملكهما كما لو كانت بينهما مشاعة وكثمرة شجرة نبتت بنفسها بعض أصلها في ملك شخص وبعضها في ملك آخر فإنها تكون بينهما، انتهى.

وقد قدمت عن الحنابلة وجهًا يشبه هذا، ويلزم الحموي أن يقول: لو أنزى فحله على شاة غيره يجعل النتاج بينهما لتولده من ملكهما، وهذا لا يقوله أحد من أصحابنا.

قال: **(وَلَا يَصِحُّ بَيْعُ الْحِنْطَةِ فِي سُنْبُلِهَا بِصَافِيَةٍ وَهُوَ الْمُحَاقَلَةُ)** لنهيه ﷺ **«عن المحاقلة والمزابنة»** متفق عليه مسلم[(١)].

وفي رواية الشافعي: والمحاقلة: أن يبيع الرجل الزرع بما به فرق من الحنطة، والمزابنة: أن يبيع التمر على رؤوس النخل بما به فرق من التمر.

قال الرَّافِعِي: فإن كان هذا التفسير مرفوعًا فذاك، أو موقوفًا؛ فالراوي أعرف من غيره، وهذا التردد، قاله الشافعي رضي الله عنه في «الأم» ووجه فساد المحاقلة أنه بيع مقصود مستترًا ليس من صلاحه، ولأنه بيع حنطة وبين تحنطته فتظل القاعدة: «مُد عجوة» ولعدم العلم بالمماثلة فلو باع شعيرًا في سنبله فحنطة صافيةً وتقابضًا في المجلس أو الزرع قبل ظهور الحب بحب جاز إذ لا ربا.

قال: **(وَلَا الرُّطَبِ عَلَى النَّخْلِ بِتَمْرٍ وَهُوَ الْمُزَابَنَةُ)** للحديث السابق، ووجه الفساد أنه بيع مال ربا بحبسه من غير المساقاة في معيار الشرع، وهو الكيل،

---

(١) أخرجه مسلم (١٥٣٦).

وَيُرَخَّصُ فِي الْعَرَايَا، وَهُوَ بَيْعُ الرُّطَبِ عَلَى النَّخْلِ بِتَمْرٍ فِي الْأَرْضِ أَو الْعِنَبِ فِي الشَّجَرِ بِزَبِيبٍ، فِيمَا دُونَ خَمْسَةِ أَوْسُقٍ، ....

وبيع الرطب بالأرض بالتمر على النخل كعكسه، وبيع الرطب على النخل بالبسر أو البلح على الأرض كبيعه بالرطب، ولو باعه بطلع فأوجه ثالثها يجوز يطلع الذكور دون طلع الإناث.

قال: (**وَيُرَخَّصُ فِي الْعَرَايَا**) لأنه «**نهى عن بيع الثمر بالتمر، ورخص في بيع العرية أن تباع بخرصها تمرًا يأكلها أهلها رطبًا**»[1] متفق عليه.

قال: (**وَهُوَ بَيْعُ الرُّطَبِ عَلَى النَّخْلِ بِتَمْرٍ فِي الْأَرْضِ**) للحديث المذكور.

قال: (**أَوْ الْعِنَبِ فِي الشَّجَرِ بِزَبِيبٍ**) قياسًا بجامع أنه زكوي مخروص يدخر يابسةً.

وقال جماعة: نصًّا وحكم البسر البادي الصلاح حكم الرطب في الرخصة، قاله الْمَاوَرْدِي، وغلط شارح فقال: وعلى هذا ينبغي إلحاق الحصرم بالعنب، وخذ من قول المصنف على النخل بثمر في الأرض بيع الرطب بالرطب على الشجر ولا الأرض بالتمر ولا بالرطب، وهو المذهب فيهن.

قال: (**فِيمَا دُونَ خَمْسَةِ أَوْسُقٍ**) أي: بتقدير الجفاف وإن كان الرطب أو العنب الآن أكثر لما في الصحيحين أنه «**رخَّص في العرايا بالخرص فيما دون خمسة أوسق أو في خمسة أوسق**»[2] شك داود بن الحصين شيخ مالك - رضي الله عنهما - هل قال: خمسة أوسق أو دون خمسة؟

قال في «الروضة»: ولا يجوز فيما زاد على الخمسة قطعًا أي: بل يبطل في الجميع بلا خلاف كما صرح به غيره، ولا يخرج على تفريق الصفقة؛ لأنه صار بالزيادة ربا فبطل جميعه. وفي «المطلب» عن الجوري: أنه يخرج في الزائد على الجائز على قول تفريق الصفقة.

وقال ابن الْقَطَّان في فروعه: بطل فيما زاد قولًا واحدًا، وهل يصح فيما

(١) أخرجه البخاري (٢١٩١) ومسلم (٣٩٦٥).
(٢) أخرجه البخاري (٢١٩٢) ومسلم (٣٩٦٥).

....

دون بناه أصحابنا على قولي تفريق الصفقة؟ وقد صرح به الدارمي بنقل طريقين في الجائز، أحدهما يبطل والثاني القولان، والمشهور البطلان.

وهل يجوز في خمسة أوسق؟ قولان: أحدهما: نعم لإطلاق الرواية المتقدمة وصححه جماعة، وأظهرهما عند الجمهور المنع، كما اقتضاه كلام المصنف للشك في الرخصة، والأصل التحريم للنهي عن المزابنة.

تنبيهات: إذا قلنا: يجب النقص عن الخمسة نص الشافعي والأصحاب أنه يكفي أي: قدر كان، ثم هل الخمسة تحديد الذي أشعر به كلام الْمَاوَرْدِي؟ نعم! وبه أجاب المصنف في ضوابطه.

وقال ابن الرِّفْعَة: لا يبعد تخريجه على الزكاة.

وحكى في «الذخائر» عن العراقيين: أنه لا يضر نقصان خمسة أرطال فينبغي أن ينقص أكثر من خمسة أرطال، وهذا غريب، للجواز شروط لم يصرح المصنف بجميعها:

أحدها: خرصه على النخل، وما يجيء منه إذا جف فيقال فيها: الآن رطبة ستة أوسق مثلًا وإذا جفت صارت أربعة فيباع بأربعة أوسق من التمر، فإن زاد عليها أو نقص لم يجز، ولا يضر كون الرطب حالة البيع أزيد من الثمر الذي هو التمر.

الثاني: أن يكون التمر معلومًا بالكيل.

الثالث: التقابض كما ذكره المصنف.

الرابع: موضع الجواز إذا لم يتعلق بالتمر زكاة، فإن خرصت عليه وقلنا الخرص بضمين أو لنقصها عن النصاب أو كفر صاحبها.

واعلم أن من شرط الصحة ألا يظهر الأمر بخلاف الخرص بأن يأكل الرطب مثلًا لو تركه حتى يتميز، فإن جاء في قدر العوض صح، وإن تفاوت ما يقع بين الجبلين لم يضر، وإن لم يكن أكثر فالعقد باطل.

وقيل: يصح في قدر الكيل من الكثير ولمشتري الكثير الخيار يكفي هنا

وَلَوْ زَادَ فِي صَفْقَتَيْنِ جَازَ. وَيُشْتَرَطُ التَّقَابُضُ بِتَسْلِيمِ التَّمْرِ كَيْلًا، وَالتَّخْلِيَةُ فِي النَّخْلِ

خارص واحد ويجوز قطعًا كالكيل أن يخرصا بأنفسهما، وهل يكفي أحدهما؟.

قال ابن الرِّفْعَة: فيه احتمال من اتحاد القابض والمقبض واستبعد، والمختار الجواز وإذا قبض المشترى فله أن يجني الثمرة حالًا بعد حال عند إدراكها.

قال: (**وَلَوْ زَادَ فِي صَفْقَتَيْنِ**) أي: كل منهما دون خمسة أوسق.

(**جَازَ**) قياسًا على الصفقة الأولى وهذا إن تعددت الصفقة حسًّا فواضح وإن تعدد المشترى واتحد البائع وخص كل واحد من المشتريين أقل من خمسة أوسق جاز قطعًا ولو اتحد المشتري وتعدد البائع فوجهان الصحيح الجواز، وإن كانت الصفقة متعددة هنا قطعًا، وفي تعدد المشتري متحدة على قول فمأخذ هذا الباب ومأخذ الرد بالعيب مختلفان.

فائدة: وقع فيما رأيناه من «الشرح» و«الروضة» أنه لو باع رجلًا من رجلين صفقة واحدة لم يجر أكثر من عشرة أوسق، ويجوز فيما دونها وفي العشرة قولان، وهو سبق قلم، والصواب أن ما قالاه: فيما إذا باع رجل من رجلين كما في «التهذيب» ومنه أخذ الرَّافِعِي.

أما لو باع رجلان لرجلين فصوابه أن يقال: لم يجز في عشرين وسقًا، ويجوز فيما دونها وفي العشرين القولان كما قاله الأصحاب.

قال العجلي: ولا شك فيه، نعم يأتي فيه الوجه الضعيف السابق فيما إذا اتحد المشتري وتعدد البائع، وما أدري لأي معنى.

قال شارح معتبر هنا: ولو باع رجلان من رجلين ستة عشر وسقًا، جاز.

قال: (**وَيُشْتَرَطُ التَّقَابُضُ بِتَسْلِيمِ التَّمْرِ كَيْلًا، وَالتَّخْلِيَةُ فِي النَّخْلِ**) لأنه بيع مطعوم بمعلوم واستشكل ابن الرِّفْعَة الاكتفاء بالتخلية إذا قلنا: إنها من ضمان البائع بعد التخلية كما هو القديم، والمنسوب إلى الصرف ولو خلى بينه وبين التخلية، ومشى إلى التمر وسلمه إياه جاز بشرط ألا يتفرقا في هذه المدة، ويشترط أن يكون بعد بدو الصلاح، وحكم البسر حكم الرطب، ذكرهما الْمَاوَرْدِي.

وَالْأَظْهَرُ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ فِي سَائِرِ الثِّمَارِ، وَأَنَّهُ لَا يَخْتَصُّ بِالْفُقَرَاءِ].

باب اخْتِلَافِ الْمُتَبَايِعَيْنِ

قال المصنف: [إِذَا اتَّفَقَا عَلَى صِحَّةِ الْبَيْعِ ....

قال: **(وَالْأَظْهَرُ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ فِي سَائِرِ الثِّمَارِ)** لأنها متفرقة ومنتشرة بالورق فلا يتأتى خرصها، وقيد بالمنع وصححها جماعة، والقول الثاني يجوز قياسًا على الرطب، كما قلنا: في العنب والخلاف إذا قيل يجري الخرص فيها، وإلا امتنع قطعًا، ومحله أيضًا فيما تدخر يابسةً.

قال: **(وَأَنَّهُ لَا يَخْتَصُّ بِالْفُقَرَاءِ)**.

قلت: وبه جزم الشيخ أبو حامد وأتباعه، ونسبه الْمَاوَرْدِي إلى الجمهور لإطلاق الأحاديث الصحيحة.

والثاني: يختص لأنه سبب الرخصة كما ذكره في «الأم» لكنه بلا إسناد.

وقال الشيخ أبو محمد في «السلسلة»: وهذا القول الأول أصح، وعلى هذا فما ضابطه الغنى المانع كلام جماعة يفهم اعتبار النقد فمن لا نقد بيده له الشراء، وفي «البحر» عن المزني أنه لا يجوز إلا للمعسر المضطر، وبالله التوفيق وأسأله الإعانة.

قال الشارح: أصح حديث فيه حديث عبد الله بن مسعود -رضي الله عنهما- قال: قال رسول الله ﷺ: «**إذا اختلف البيعان وليس بينهما بينة، فهو ما يقول رب السلعة أو يتتاركان**»[١] رواه أبو داود والنسائي، والحاكم وقال: صحيح الإسناد، والبيهقي، وقال: حسنٌ موصول.

قال: **(إِذَا اتَّفَقَا عَلَى صِحَّةِ الْبَيْعِ)** أي: وكذا على غيره من عقود المعاوضات، ومنها الحوالة وبذل العتق.

---

(١) أخرجه عبد الله بن أحمد في زوائده على المسند (١/ ٤٦٦، رقم ٤٤٤٥)، وأبو داود (٣/ ٢٨٥، رقم ٣٥١١) والنسائي (٧/ ٣٠٢، رقم ٤٦٤٨) والحاكم (٢/ ٥٢، رقم ٢٢٩٣)، وقال: صحيح الإسناد. ووافقه الذهبي. والبيهقي (٥/ ٣٣٢، رقم ١٠٥٨٦) والطيالسي (ص ٥٣، رقم ٣٩٩)، والدارقطني (٣/ ٢٠، رقم ٦٣)، وابن الجارود (ص ١٥٩، رقم ٦٢٥).

ثُمَّ اخْتَلَفَا فِي كَيْفِيَّتِهِ كَقَدْرِ الثَّمَنِ، أَو صِفَتِهِ أَو الْأَجَلِ أَو قَدْرِهِ أَو قَدْرِ الْمَبِيعِ وَلَا بَيِّنَةَ تَحَالَفَا.

(ثُمَّ اخْتَلَفَا فِي كَيْفِيَّتِهِ كَقَدْرِ الثَّمَنِ، أَو صِفَتِهِ أَو الْأَجَلِ أَو قَدْرِهِ أَو قَدْرِ الْمَبِيعِ وَلَا بَيِّنَةَ تَحَالَفَا).

قلت: أو اختلفا في شرط الخيار، أو قدره أو الكفيل، أو ادعى البائع أنه شرط له لضمان زيد العهدة له.

قال الدَّارِمِي: أو يراه من عيب، وعبارة ابن الْقَطَّان، أو قال: أريتك العيب، ودخلت على ذلك، وكلام المصنف وغيره يقتضي خلافه، كما سبق في الرد بالعيب.

والحاصل: أن اختلافهما في الكيفية بعد اتفاقهما على الصحة هو الضابط، فلو لم يتفقا على الصحة، فلا تحالف كما سيأتي ولو اتفقا على صحة عقد، واختلفا هل هو بيع أو غيره فلا تحالف على الأصح، وسيأتي.

ولو اختلفا في عين البيع والثمن معًا كقوله: بعتك هذا العبد بمائة درهم، فيقول: بل هذه الأمة بمائة دينار، فلا تحالف قطعًا.

وهذه الصورة ترد على المصنف؛ لأنهما اتفقا على بيع صحيح واختلفا في كيفيته، ولا تحالف إذا لم يتواردا على شيء، لو اتفقا على مبيع معين واختلفا في ثمنه أو أجله، أو اتفقا على ثمن معين، واختلفا في عين المبيع جنسًا أو قدرًا أو وصفة أو الأجل تحالفا قطعًا، وهو مراد المصنف.

وقد أهمل ذكر الجنس مع كونه في «المحرر» مع الصفة لاعتقاده اندراجه في الصفة.

قلت: وتحرير ضابطه أن يتفقا على بيع صحيح وعوض معين ثمنًا أو مثمنًا ويختلفا فيما سواه، وأن عين المبيع والثمن معين مخالفًا قطعًا، وإن كان في الذمة ففي التحالف وجهان رجح كلًّا مرجحون.

والأشبه على مقتضى المذهب: التحالف، وهو الأظهر في «الشرح الصغير» وعزا المنع إلى «الْبُوَيْطِي».

....

قال الرُّويَانِي: في «التجربة» لو قال: بعتك على أن تشهد لي بالثمن شاهدين، وقال المشتري: لا بل شاهدًا واحدًا، تحالفا نص عليه، انتهى، ولا أحسبه يتفقان عليه.

فرع: قال: بعته منك بالعين من دَيْنك فقال: بل بألف، أو قال: بعتكه بألفين وأطلق فقال: ألف، تحالفا، قاله الشيخ أبو محمد، وفرق بأنه إذا قال: بالعين من دينك علي، فقد أقر بقبض جميع الثمن المدعي فصار كأنه قال: بعتك بألفين وقبضتها، فقال: إنما اشتريته بألف فلا تحالف، وهو بخلاف الدعوى المطلقة؛ فإنها لا تتضمن الإقرار بالقبض، وهما مختلفان في الثمن، فلا بدَّ من التحالف، انتهى.

فإن كان التصوير أن المشتري لا يطالبه بالألف الزائد فواضح، وإن كان يطالبه به في صورتي الدين وقبض الألفين، ففيه نظر.

قال: **(وَلَا بَيِّنَةَ)** أي: واحدة لأحدهما تحالفا بحديث: «**البينة على المدعي، واليمين على من أنكر**»(١) رواه البيهقي، من حديث ابن عباس بإسناد حسن وصحيح، وكل واحد منهما منكرٍ ومدع، فلو كان لكل بينة قضى بأسبقهما ما ربحا، وإن أطلقنا أو اتحد ما ربحهما أو أرخت أحدهما فقط تعارضا، فإن قلنا: بالتساقط وهو الأظهر فهما كالعدم، وإن قلنا: بالاستعمال فهل يقرع أو يوقف؟ وجهان: أجابا بالثاني وصاحب «المهذب» في الأقضية بالأول.

وقال الْمَاوَرْدِي: يجيء قول القرعة هنا أيضًا، وإن كان لأحدهما بينة سالمة عن معارض معتبر، قضى له بها وفاقًا ولا فرق عندنا في التحالف بين أن يكون المبيع مقبوضًا أولًا ولا أن يكون باقيًا بعد القبض أو تالفًا.

تنبيه: إطلاق المصنف يقتضي التحالف في المجلس وبعده.

وقال الْمَاوَرْدِي: إن اختلفا في المسلم في مجلس العقد فلا عقد.

وقال القاضي الحسين: لا تحالف في المبيع في زمن الخيار إلا مكان

(١) أخرجه الترمذي (١٣٩٢) والبيهقي (٢٠٩٩٠).

فَيَحْلِفُ كُلٌّ عَلَى نَفْيِ قَوْلِ: صَاحِبِهِ وَإِثْبَاتِ قَوْلِه: ....

الفسخ بالخيار وأجاب الإمام بأن التحالف لم يوضع للفسخ، بل رجاء أن ينكل الكاذب فيتقرر العقد بتميز الصادق.

قال: فإن لم يتفق ذلك وأصرا فسخ للضرورة، ونازع القاضي فيما ذكره، ثم قال: إلى موافقته، وسكت الشيخان عليه، ورأى الإمام في القراض أن يفصل فيقال: التحالف قبل الشروع في العمل لا معنى له وبعده قول: النزاع إلى مقصود من ربح أو أخره فيحالفان والأجرة كالقراض، واستبعد في «البسيط» كلام القاضي ويوافقه قول الأصحاب فيما يظهر أنهما لو اختلفا في قدر خيار الشرط تحالفا فأطلقوا ذلك، وقضيته أنه لا فرق بين أن يكون من المدة المتفق عليها نفيه، وذكر ابن يونس في «شرح الوجيز» كلام القاضي وأن الإمام أيده بأن التزام اليمين لعقد ليس بلازم يعتد.

قال ابن يونس: ومعتمد الجمهور أن التحالف لم يشرع لأجل الفسخ، بل لأنه ربما ينكل الكاذب فيستقل العقد بيمين الصادق، وقد نص الشَّافِعِي على التحالف في الكتابة وإن كانت جائزة من جانب العبد وذكر في «شرح التعجيز» مقالة القاضي وأن الإمام اختارها، وأما جمهور النقلة فجزموا بالتحالف.

قال: **(فَيَحْلِفُ كُلٌّ عَلَى نَفْيِ قَوْلِ صَاحِبِهِ وَإِثْبَاتِ قَوْلِهِ)** لأنه يدعي شيئًا وينكر شيئًا فينفي ما ذكره ويثبت ما يدعيه.

قال المحاملي: وإنما يحلف الثاني بعد أن يعرض عليه ما حلف عليه البائع فيأبى، وقال الْمَاوَرْدِي: ينبغي للحاكم إذا حلف أحدهما ألا يحلف الآخر حتى يعرض عليه المبيع بما حلف عليه صاحبه فإن رضي به فذاك، وإلا أحلفه، فإن رضي به فذاك وإلا أحلفه، فإن بدأ بإحلاف البائع، قال للمشتري: أترضاه بما حلف عليه؟

فإن أجاب فذاك وإلا أحلفه وإن بدأ بالمشتري، قال للبائع: أترضى أن يمضي البيع بما يحلف عليه؟ فإن أجاب وإلا أحلفه هذا إذا قلنا باتحاد اليمين، وإن قلنا: بتعددها فأحلف البائع يمينًا أحلف المشتري بعده يمينًا ولا يعرض

وَيَبْدَأُ بِالْبَائِعِ.

وَفِي قَوْلٍ: بِالْمُشْتَرِي. وَفِي قَوْلٍ: يَتَسَاوَيَانِ فَيَتَخَيَّرُ الْحَاكِمُ، وَقِيلَ: يُقْرَعُ،

عليه قبول المبيع فإذا حلف البائع يمينًا بائنة عرض حينئذ المبيع على المشتري قبل يمينه البائنة، انتهى.

قال: (**وَيَبْدَأُ بِالْبَائِعِ**) لحديث ابن مسعود -رضي الله عنهما- أنه ﷺ «**أمر بالبائع أن يستحلف ثم يجبر المبتاعَ إن شاء أخذ وإن شاء ترك**»[١] رواه الشَّافِعِي والنسائي والحاكم، وقال: حديث صحيح؛ لكن قال الدارقطني: الصحيح عندي أن أبا عبيدة لم يسمع من أبيه. قال الأصحاب: ولأن جانبه أقوى؛ لأن المبيع يعود إليه بعد التحالف، وقطع بعضهم أحد القول والأصح المنصوص في نظيره من الصدقات تقدم الزوج، كما ذكرناه.

قال: (**وَفِي قَوْلٍ بِالْمُشْتَرِي**) لأن البائع يدعى عليه زيادة الأصل عدمها؛ ولأن المبيع في ملكه فيقوى جانبه.

قال: (**وَفِي قَوْلٍ يَتَسَاوَيَانِ**)؛ لأن كل واحد مدع ومدعى عليه، فلا ترجح.

(**فَيَتَخَيَّرُ الْحَاكِمُ**) كما لو تداعيا في أيديهما بدأ بيمين من شاء قطعًا.

قال: (**وَقِيلَ يُقْرَعُ**) كما لو حضرا معًا للدعوى ورجحه الإمام، وحاصل المنقول بالآراء يبدأ البائع بالمشتري ويتساويان، فيتخير الحاكم بينهما أو بالاجتهاد أو بالقرعة أو بالسبق بالدعوى ذكره الدَّارِمِي عن الإصطخري، وهو منقاس والمذهب الأول.

تنبيهات: هل التقديم مستحب أو واجب؟ وجهان: جزم الشيخ أبو حامد والبغوي والمتولي والرافعي بالأول.

وقال الْمَاوَرْدِي: الأشبه الثاني، وحكى المصنف في «التنقيح» بصحيحه عن الْمَاوَرْدِي وغيره وسكت عليه ونقله المشتري بلا اجتهاد، لم يجز أو باجتهاد من أهله فلا كلام.

---

(١) أخرجه الشافعي في «معرفة السنن والآثار» للبيهقي (٣٥٦٠) والنسائي (٤٧٥٠)، والحاكم (٥/ ٤٠٩) والدارقطني (٧/ ١٤١).

وَالصَّحِيحُ أَنَّهُ يَكْفِي كُلَّ وَاحِدٍ يَمِينٌ تَجْمَعُ نَفْيًا وَإِثْبَاتًا وَيُقَدَّمُ النَّفْيُ ....

تقديم أحد الجانبين مخصوص على مقالة الإمام، والغزالي وغيرهما بما إذا كان الثمن في الذمة وكان المبيع معينًا، أو سلمًا مقصودًا كالمسلم فيه، أما لو تبادلا عرضًا بعرض فلا تتجه غير التسوية.

قال الرَّافِعِي: وَيَنْبَغِي تَخْرِيجُهُ عَلَى أَنَّ الثَّمَنَ مَاذَا وَنَاقَشَهُ فِي الْمَطْلَبِ بِأَنَّ مَأْخَذَ الْبُدَاءَةِ قُوَّةُ جَانِبٍ عَلَى جَانِبٍ.

قلت: جزم العراقي في «شرح المهذب»، وقال: إن قلنا: الثمن ما اتصلت به البداءة، ففيه معنى ففيمن يبدأ به الخلاف السابق، وأصل كلامه قول شيخه صاحب «الذخائر». قال بعض أصحابنا: إذا باع عبدًا بجارية، فلا يجري هنا إلا القرعة أو يخيير القاضي قال: وما قاله: هذا لصاحب الأصل إنما يجيء على قولنا: إن الثمن يختص بالنقدين، فإن قلنا: إنه ما اقترن به باء الثمنية فتجيء الطرق المتقدمة، انتهى.

واعترض ابن الرِّفْعَة على الرَّافِعِي بأن ما حد البدأة قوة جانب على جانب وهي مفقودة في العرضين إذ كل مقصود اتصلت به باء الثمنية أم لا؟ وهذا صحيح وقد يعضد البحث بالحديث السابق.

(**وَالصَّحِيحُ أَنَّهُ يَكْفِي كُلَّ وَاحِدٍ يَمِينٌ تَجْمَعُ نَفْيًا وَإِثْبَاتًا**) لأنه أقرب إلى فصل الخصومة.

والثاني: يفرد النفي بيمين والإثبات؛ لأنه مدع ومدعى عليه، وكان الاحتراز بقول: كـ«الروضة» والمذهب، فإنه ظاهر نص «الأم» والمقطوع به، وقال الشَّاشِي: كـ«الروضة» والمذهب، فإنه ظاهر نص «الأم» والمقطوع به.

وقال الشَّاشِي وغيره: إنه المنصوص، وقيل: فيه قولان نقلًا وتخريجًا.

قال: (**وَيُقَدَّمُ النَّفْيُ**)؛ لأنه الأصل في اليمين، وإنما ينقل إلى الإثبات لنكولٍ أو شاهد أو لَوث، وقيل: الإثبات كاللعان وزيف؛ لأنه لا نفي هناك.

وعن ابن الْقَطَّان أنه لا ترتيب، فإن بدأ أحدهما بالنَّفي حلف الآخر على الإثبات، فإن عكس، عكس لتكون ضده.

فَيَقُولُ مَا بِعْتُ بِكَذَا وَلَقَدْ بِعْتُ بِكَذَا، ....

وقال الإمام: لو قيل: لا يستحق ترتيب في المقصودين لكان مسلكًا، وهذا معنى قول «البسيط»: ولو قيل: يتخير لكان أقرب، وهل هذا الخلاف في الوجوب أو الاستحباب وجهان أصحهما عندهما الثاني، وعند الشيخ أبي حامد وغيره الأول. وقال الإمام: إنه رأى الطرق متفقة عليه ونحوه في «البسيط».

قال في «التنقيح» وهو ظاهر كلام «المهذب» وغيره.

وقال غيره: أنه الأقرب إلى كلام الشَّافِعِي والأصحاب.

فرع: من قال: بيمين لا يكتفي بواحدة، ومن اكتفى بها لو عاد إلى يمين هل يجوز لم أرى فيه نصًا، وقول المصنف وغيره: يكفي يمين يشعر بالجواز، وقيل: إن قول الْمَاوَرْدِي أنه يقصد بقوله تصديق قوله على عقد واحد، فاحتاج إلى يمين واحدة يشعر بالمنع وفيه نظر!

وبعد قال: (**فَيَقُولُ مَا بِعْتُ بِكَذَا وَلَقَدْ بِعْتُ بِكَذَا**) أي: وقول المشتري ما اشتريت بكذا أو لقد اشتريت بكذا. وقال الصيمري: يقول البائع ما بعت بكذا، ويقول المشتري ما اشتريت إلا بكذا، إلا أنه أشرع إلى فصل القضاء، وهذا بناءً على الاستثناء من النفي إثبات، وهو مذهبنا فيحتمل أن الأصحاب لا يكتفون بذلك؛ لأنه ليس بصريح ويحتمل أن يكتفون به.

ويؤيده قول الداوودي: فإذا قلنا: بإيجاد اليمين؛ فالجمع يحصل بقوله: ما بعت إلا بكذا، أو يحصل بقوله: ما بعث بكذا.

قال صاحب «التقريب»: قيل: وظن ابن الرِّفْعَة أن قول: الصيمري مخالفٌ لقول: الأصحاب، فحكاهما وجهين وهو وهم، وهذه عبارة حسنة يؤيده معنى النفي والإثبات بكلام واحد، انتهى.

قلت: إنما أخذ ابن الرِّفْعَة ذلك من قول الْمَاوَرْدِي: وإذا قلنا: يحلف يمينًا واحدة فقد اختلف أصحابنا في صفتها على ثلاثة أوجه: فذكر قول الإصطخري ثم ظاهر النص، ثم قال: والوجه الثالث وهو قول: بعض البصريين فذكر كلام شيخه الصيمري وتوجيهه، ثم قال: فهذا اختلاف

....

أصحابنا إذا قلنا: يمين واحدة، وكلامه شاهد لابن الرِّفْعَة ومؤذن يضعف قول: شيخه حيث لم يسمه ولم ينسبه إلا إلى بعض البصريين، وكذلك قال الشَّاشِي: بعد ذكره المنصوص.

وحكى في «الحاوي» وجها آخر عن بعض البصريين فذكره، لكن ذكر بعضهم أن الشَّافِعِي نص في «الأم» في كتاب السلم أن البائع يقول: والله ما بعت إلا بكذا، ويقول المشتري: والله ما اشتريت بكذا ولقد اشتريت بكذا، انتهى.

ولفظ «الأم» فيما رأيته في أصل معتمدٍ: حلف البائع بالله ما باعه بالمائة التي قبض منه إلا مائة صاع، وإذا حلف قيل للمشتري: إن شئت فلك عليه المائة صاع التي أقرّ بها، وإن شئت فاحلف ما ابتعت منه مائة صاع، ولقد كان بيعك مائتي صاع، فإذا حلف تفاسخا البيع انتهى.

وهو شاهد لقول الصيمري وغيره: في يمين البائع، وأما يمين المشتري فالنص فيه كما تراه، ولعل الشَّافِعِي رضي الله عنه لم يرد الفرق بينهما، وفيه نظر! والله أعلم.

فروع: أحدها ينبغي للحاكم إذا حلف أحدهما ألا يعرض اليمين على الآخر إلا بعد أن يعرض المبيع عليه بما حلف عليه صاحبه كما سبق عن النص وغيره، فإن رضي بقبوله فذاك وإلا حلفه، والأشبه أن ذلك وجه الندب، وضابط العرض أن يكون بعد يمين الإثبات، إذ بها يتم الحلف، ولا يبقى إلا حلف الثاني أو رضاه بما حلف عليه، والأول الثاني لو نكلا جميعًا.

قال الإمام: لم يتعرض له الأئمة وأبدا احتمالين، أحدهما: أنه كتحالفهما، والثاني: أنه يوقف الأمر وكأنهما تركا الخصومة.

قال: وقد رأيت ذاك في بعض تصانيف المتقدمين وأقامهما الرَّافِعِي وجهين: فقال فيه وجهان للإمام.

وقال الغزالي في «البسيط»: إن الظاهر الأول، وفي «الروضة» أن الأصح اختيار التوقف، انتهى والمسألة في الكتابة من «الأم».

قال: وإن نكل السيد والعبد كان عبدا لا يكون مكاتبًا حتى ينكل السيد

وَإِذَا تَحَالَفَا فَالصَّحِيحُ أَنَّ الْعَقْدَ لَا يَنْفَسِخُ، بَلْ إِنْ تَرَاضَيَا ....

فحلف في العبد مع نكول سيده بقوله ﷺ: كان عبدًا يحتمل أنه جعل نكوليهما كتحالفهما فتنفسخ الكتابة ويصير عبدًا، ويحتمل أنه لم يحصل ما يقتضي الحكم، لكن الأول أقرب لتصريحه بصيرورته عبدًا، فدل على أنه فسخ الكتابة، وهذا ما رجَّحه الغزالي.

وفي «الحاوي» أنهما إذا نكلا معًا تركهما، ولم يحكم بنكول واحد وقطع الخصومة بينها وهو شاهد لترجيح المصنف، فقد صرح الدَّارِمِي في المسألة فقال: إن نكل أحدهما حكمنا لصاحبه، وإن نكلا فوجهان: أحدهما يُردّا، والثاني يدفع المشتري الثمن المتفق عليه للبائع، فإن ملك الزيادة قلنا: احلف وحدك انتهى.

وقوله: والثاني في يد المشتري يعني يقر المبيع في يده، ويدفع الثمن المتفق عليه إلى البائع إلى آخره، وهذه مقالة ثالثة.

الثالث: إذا اكتفينا بيمين واحدة، فحلف أحدهما ونكل الآخر، قضى للحالف سواء نكل عن النفي والإثبات معًا أو عبر أحدهما، هذا هو المشهور المعروف. وقال الْجُورِيُّ: إذا حلف البائع ثم نكل المشتري، ففي إعادة اليمين على البائع قولان:

أحدهما: يعاد لأنه مدعي عليه، فإذا حلفناه على ما ادَّعى عليه ثم نكل صاحبه أعيدت اليمين عليه، والثاني: لا ويقع الاستحقاق بنفس النكول؛ لأنه إذا حلف إنما يحلف على ما يدعيه، فإذا نكل صاحب علم صدقه، انتهى.

فإن أراد اليمين الجامعة؛ فالقول بالإعادة غريب، وإن أراد يمين النفي وهو الأقرب، فالقول بعدم تحليفه بعد نكول المشتري غريب، وقد يقال: ليس هذا قضاء بالنكول بل باليمين السالفة.

قال: (**وَإِذَا تَحَالَفَا فَالصَّحِيحُ أَنَّ الْعَقْدَ لَا يَنْفَسِخُ، بَلْ إِنْ تَرَاضَيَا**) أي: بمجرد التحالف لحديث ابن مسعود -رضي الله عنهما- المتقدم، فإنه أثبت الخيار للمشتري بعد حلف البائع.

وَإِلَّا فَيَفْسَخَانِهِ أَو أَحَدُهُمَا أَو الْحَاكِمُ وَقِيلَ: إِنَّمَا يَفْسَخُهُ الْحَاكِمُ، ....

والثاني: ينفسخ بانفساخ النكاح بتحالف المتلاعنين، ولأن التحالف يحقق ما قالاه، وهذا ما نقله الفارسي قولا، وفي بعض نصوص «الأم» إشارة إليه، ونقل القاضي أبو حامد الأول عن نصه في القديم والجديد، فالخلاف قولان:

قال: (**بَلْ إِنْ تَرَاضَيَا**) أي: على ما قاله أحدهما أو غيرهما فيما يظهر.

(**وَإِلَّا فَيَفْسَخَانِهِ أَو أَحَدُهُمَا أَو الْحَاكِمُ**): اعلم أن قضية هذا الكلام أن للحاكم الفسخ بلا خلاف، وإنما الخلاف في ثبوته لهما وهو قضية كلام الرَّافِعِي وعبر هو والمصنف بما في الكتاب، وهو يفهم أن كلامه من الثلاثة له الابتداء بالفسخ.

(**وَقِيلَ إِنَّمَا يَفْسَخُهُ الْحَاكِمُ**) قيل: ولا يعرف لأحد قبل الرَّافِعِي، ويجب تأويله على أن الفسخ لأحدهما، وللحاكم عند امتناعهما ويرشد إليه قول الرَّافِعِي: أن الحاكم إنما يفسخ إذا استمرا إما أنه يفسخ بمجرد فراغ التحالف فلا، والحاصل أن فيمن يفسخه وجهان:

أحدهما: الحاكم؛ لأنه فسخ مجتهد فيه فأشبه العيب، واختاره القاضي أبو الطيب وابن الصباغ والقاضي الحسين والمتولي والروياني وابن أبي عصرون، وعليه اقتصر الجويني في مختصره، والغزالي في «خلاصته»، وصاحب «المعتبر» وغيرهم، وهو المختار قطعًا للشارع، والظاهر أنه إن شاء فسخه بنفسه، أو أذن فيه لأحدهما أو لهما أو لغيرهما، إلا أنه تعين أن يفسخه بنفسه كما توهمه متوهم، والثاني لهما، ولأحدهما أن ينفرد به كالردِّ بالعيب، والمفهوم من إيراد الجمهور لهذا الوجه أنه لا مدخل للحاكم فيه، وقد يؤيده قوله: في كتاب السلم من «الأم»، فإذا حلف، فإن رضي وإلا تفاسخا، وكرر هذا اللفظ، يذكر أن الحاكم يفسخ.

وقال الهروي: معناه أن القاضي يقول: لهما إما أن تراضيا على أحد الأمرين، وإما أن أحملكما على الفسخ. وقال الهروي: كالمولى إذا امتنع عن النفقة أجبره على الطلاق بالحبس، انتهى.

ثُمَّ عَلَى الْمُشْتَرِي رَدُّ الْمَبِيعِ ....

تنبيهات: لو أعرضا عن الخصومة بعد التحالف ولم يتوافقا على شيء، وقالا: للحاكم لا ينفسخ بيننا ففيه تردد للإمام، والذي قاله الْمَاوَرْدِي: إنه لا يجوز للحاكم الفسخ إلا عن مسألتهما بعد عرض ذلك على كل منهما كما يعرضه على الثاني بعد يمين الأول، والظاهر أن مراده اعتبار مسألة أحدهما، وهو الوجه لا مسألتهما جميعًا.

وقال الهروي: وغلط من أصحابنا أن الفسخ من القاضي يتوقف على طلب المتبايعين أو أحدهما؛ لأن القاضي لا يتركهما يتماديان في الخصومة، وهذا ما قاله الْمَاوَرْدِي إذا فسخ العقد بعد التحالف، الفسخ المبطل منهما لم ينفسخ وإن فسخاه معًا، أو الحاكم فكفسخ المحق، فلو قال: لا أعلم كوني صادقًا ولا كاذبًا، حل له إمساك المبيع بناءً على الظاهر أنه لا يكذب، قاله القاضي الحسين وهو ظاهر؛ إلا أن يكون عهد من نفسه الكذب والجحود، مع أن في إباحته الفرج وغيره مع الشك نظر إذ قد يكذب الصادق، أو يهم حكي الهروي عن الشَّافِعِي أنه إذا قال: بعتك هذا بألف، فأنكر وحلف، فقول القاضي للمشتري: قد فسخت ويقول البائع: قل قبلت الفسخ، فإن لم يفعل فإن ذهب ذاهب إلى أنه يصير ملكًا للبائع بالجحود والحلف كان مذهبًا، انتهى.

قال: **(ثُمَّ عَلَى الْمُشْتَرِي رَدُّ الْمَبِيعِ)** أي: إذا انفسخ أو فسخ وكان بعد القبض، وهو باقٍ بحاله سواء.

قلنا: يبعد ظاهرًا أو باطنًا أم ظاهرًا فقط، وكذلك على البائع رد الثمن، ثم إن ما يرد المبيع دون زوائده الحادثة المنفصلة قبل الفسخ على الصحيح، وإذا لم يتعلق به حق ثالث ويفوز البائع بزوائده المتصلة كما اقتضاه إطلاقهم هنا، وهو ما إذا كان أثرا محضًا ظاهرًا وإن كانت عيبًا كالحمل، وما الحق به مما أعطى حكم العين من قصاره أو تعليم وغيرهما كما سيأتي، ففيه نظر يحتمل أن يكون كما في الفسخ بالفلس وبالعيب، ويحتمل غيره، ولم يحضرني فيه نقل.

فروع: إن نقص رده مع أرش النقص وهو ما نقص من القيمة، والقول في قدرها قول المشتري.

فَإِنْ كَانَ وَقَفَهُ أَو أَعْتَقَهُ أَو بَاعَهُ أَو كَاتَبَهُ أَو مَاتَ لَزِمَهُ قِيمَتُهُ وَهِيَ قِيمَتُهُ يَوْمَ التَّلَفِ فِي أَظْهَرِ الْأَقْوَالِ.

قال الدَّارِمِي: إن كان ثَمَّ ولد، فقال البائع: قبل البيع، وقال المشتري: بعده، فعلى الصحيح أنه لا يرد الثمن، وهو وجهان: في قول من قال: وإذا تحالفا فرد السلعة، فقال البائع: ليست هي، فالقول: قول المشتري.

قال: (**فَإِنْ كَانَ وَقَفَهُ أَو أَعْتَقَهُ أَو بَاعَهُ أَو كَاتَبَهُ أَو مَاتَ لَزِمَهُ قِيمَتُهُ وَهِيَ قِيمَتُهُ يَوْمَ التَّلَفِ**) لمقامهما مقام العين، وإن كانت أزيد من الثمن المدعى، على الصحيح المنصوص.

وقال ابن خيران: لا يجب الزوائد؛ لأنه يدعيه ولم يفرق في البيع بين كونه بعد انقضاء الخيار أو لا، وفيه احتمال على قولنا: الملك له، وعبارة الدَّارِمِي وإذا تحالفا فكان قد باعها أو وهبها فالقيمة، ولا ينقص فعله، نعم لو كان قد وهب أو رهن ولم يقبض لزمه رد العين، ثم ما ذكرناه من الرجوع بالقيمة تفريع على المذهب الصحيح.

وقال أبو بكر الفارسي: يتبين بالتحالف فساد تصرفاته وبرد العين.

قال: (**وَهِيَ قِيمَتُهُ يَوْمَ التَّلَفِ فِي أَظْهَرِ الْأَقْوَالِ**).

وقال في «الروضة» في القيمة أوجه، وقال الإمام: أقوال والمشهور أنها أوجه كما أشار إليه:

أحدها ما صححه؛ لأن مورد الفسخ العين ولو بقيت والقيمة بدلها، فإذا فاتت رجع إلى بدلها بقيمة ذلك الوقت.

والثاني: قيمة يوم القبض؛ لأنه يوم دخوله في ضمانه فيما يعرض بعده من بعض أو صده ففي ملكه.

والثالث: أقصى قيمة من القبض إلى التلف كالبيع الفاسد.

والرابع: أقل قيمة من العقد إلى القبض، وبه جزم القاضي الحسين، وضعفه الإمام، وعبر عنه الغزالي أنه تعبير أقل قيمة من يوم القبض إلى يوم التلف، ولعله لا عن قصده وعبارة «البسيط» على الصواب ولو تنازعا في

وَإِنَّ تَعَيَّبَ رَدَّهُ مَعَ أَرْشِهِ.

القيمة أو في الأرش ولا بينة، فالقول: قول المشتري لأنه غارم.

تنبيه: إطلاق المصنفِ وغيره، بل الجمهور وجوب القيمة يقتضي أنه لا فرق بين المتقوم والمثلي.

وقال ابن يونس في شرح «الوجيز» بعد تقرير وجوب القيمة: هذا إن كان متقومًا وإن كان مثليًا وجب رد المثل.

وقال غيره: أطلق الجمهور أن المقبوض بالبيع الفاسد إذا تلف يضمن بالقيمة، وقال الْمَاوَرْدِي: إن كان متقومًا فبالقيمة، وإن كان مثليًّا فوجهان أصحهما بالقيمة؛ لأنه لم يضمنه وقت القبض بالمثل، وإنما ضمنه بالعوض بخلاف العصب وطرده في المقبوض وبالسوم والتحالف بعد هلاك المبيع، وكل عقد مفسوخ فكلها يضمن بالقيمة عنده، وعلته المذكورة على ضعفها يظهر هنا بعض الظهور لا في نفيه المسائل، والصحيح خلاف ما قاله.

قال الشَّافِعِي رضي الله عنه في «الأم»: في باب اختلاف المسلف والسلف في الثمن بعد ذكره صورًا من التحالف والتفاسخ، فإن كان الثمن في هذا كله دراهم أو دنانير رد مثلها أو طعامًا رد مثله، فإن لم يوجد ردَّ قيمته، وكذلك لو كانت السلعة غير مكيلة ولا موزونة ففاتت رد قيمتها، وقبيل هذا الباب من «الأم».

قال الشَّافِعِي رضي الله عنه: إن أسلف سلفًا فاسدًا وقبضه رده، إن استهلكه رد مثله، إن كان له مثل أو قيمة إن لم يكن له مثل.

وقال الشَّافِعِي رضي الله عنه: إذا اشترى ثمرة لم يبد الصلاح فيها بشرط التنقية وقطع منها شيئًا، إن كان مثل رد مثله ولا أعلم له مثلًا، وإن لم يكن فقيمته، فهذه النصوص ترد ما قاله: الْمَاوَرْدِي والقياس معها وحمل ابن الرِّفْعَة إطلاق الجمهور على المتقوم، نعم يستثنى من ضمان المثلي في الجملة صور وأشرت إليها في «الغنية».

قال: **(وَإِنَّ تَعَيَّبَ رَدَّهُ مَعَ أَرْشِهِ)** أي: وهو ما نقص من القيمة، قال الشيخ أبو علي: وهذا أصلي مطرد وهو أن كل موضع لو تلف الكل ضمن بالقيمة،

....

فإذا تلف البعض ضمن ببعضها إلا في الزكاة المعجلة، فإنها إذا تعينت واقتضى الحال الاسترداد في الرجوع على الفقير بالأرش وجهان، وادعى الإمام انعكاس ذلك، وهو أن كل من لا يضمن القيمة إذا تلفت العين بيده لا يضمن الحر، وإذا تلف كالبائع بتعيب المبيع بيده قبل القبض.

قال ابن الرِّفْعَة: وهذا الأصل يستثنى منه مسائل فذكرها، ومعظمها فيه نظر، فراجعها إن شئت!

فروع: من العيب الحُكمي تزوج الأمة والعبد، فعليه ما بين قيمتها مزوجة وخلية والنكاح بحاله.

وقال الفارسي: يبطل ولو كان العبد قد أبق أو غصب غرم المشتري قيمته، وكذا لو كاتبه صحيح وإن رهنه، قالا: فالبائع بالخيار وإن شاء صبر إلى فكاكه، وإن شاء أخذ القيمة وإن أجره فإن منعنا بيع المأجور، فكما لو رهنه وإلا فللبائع أخذه، لكنه ينزل عند المستأجر إلى انقضاء المدة والآخرة المسماة للمشتري، وعليه البائع أخذه المثل للمدة الباقية، وإن كان أجره للبائع فله أخذه قطعًا، وفي انفساخ الإجارة وجهان كما لو باع الدار لمستأجرها، انتهى ما نقلاه.

وقال في «البيان»: إذا تحالفا بعد ما أجره قال المسعودي: يرده، وأرش ما نقص الإجارة، انتهى.

وزاد الْمَاوَرْدِي في المرهون أنه هل للبائع أن يأخذه المشتري بفكاكه قبل محله وجهان، قيل: وقولهما يتخير بين الصبر إلى فكاكه وأخذ القيمة، وإن أراد تأخير الفسخ فذاك، إلا أن الظاهر أن الفسخ هنا ليس فوريًا لدوام الضرر، وإن أراد أنه بعد الفسخ له الصبر إلى فكاكه فهو مخالف لما قاله الإمام لأخرجه على أن القيمة للحيلولة أولًا إن قلنا: للحيلولة لم يجز على قبولها وإلا أجيز، وينبغي أن يكون في الآبق كذلك.

قلت: وكلام الرَّافِعِي ظاهر في أن الكلام فيما بعد الفسخ لا سيما في «الشرح الصغير» إذا غرم القيمة في هذه الصورة ثم زال الحابل فهل يرد العبد

وَاخْتِلَافُ وَرَثَتِهِمَا كَهُمَا.

ويسترد القيمة، يبنى على أنه قبل زوال الحابل ملك من إماء الآبق ففيه وجهان:

قيل: يملك للمشتري ولا يرد الفسخ عليه، بل على القيمة، وأصحها أنه في إباقه على ملك البائع والفسخ وارد عليه، وإنما وجبت القيمة للحيلولة، والمعصوب كالآبق والمرهون والمكاتب، قبل على الوجهين، والأصح القطع.

يقال: ملك المشتري وللمستأجر إن منعنا ببيعه فكالمرهون أو كالآبق فيه احتمالان للإمام، أظهرهما الثاني وهو ما قاله: القاضي الحسين، فإن قلنا ببقاء ملك المشترى فالفسخ وارد على القيمة كالتالف، فلا ردَّ ولا استرداد، وإن قلنا: يعوده البائع ثبت الرد والاسترداد عند زوال الحيلولة، وفيه تنبيه على أن الفسخ في التلف الحسي وارد على القيمة قطعًا، ولك أن تقول لا يعدد الفسخ، قيل: التلف ويكون وارد على العين، كما قيل في تلف المبيع قبل القبض ويظهر أثر ذلك في مؤنة تجهيز العبد على من هي.

قال: **(وَاخْتِلَافُ وَرَثَتِهِمَا كَهُمَا)** أي: وكذا اختلاف ورثة أحدهما والآخر؛ لأنها يمين في المال، فقام على الوارث مقام المورث فيها لهي دعوى المال، وسواء قيل القبض وبعده ويجوز للوارث الحلف إذا غلب على ظنه صدق مورثه، وسكتوا هنا عن كيفية يمينه.

وذكروا في الصداق أنه يحلف في الإثبات على البت، وفي النفي على النفي العلم على الصحيح، وقيل: على البت ولو كان الوارث أكثر من واحد فالظاهر جواز التحالف بين المنكر والعاقد الآخر.

وقال ابن الرِّفْعَة: يشبه أن يكون كما في الرد بالعيب، وليس كذلك لقولهم بالتحالف فيما إذا تلف أحد العبدين، ولم ينظروا إلى التفريق الصفقة ولو كان الوارث محجورًا عليه في حلف وليه خلاف ذكره الإمام في كتاب الصداق، والأصح جريان التحالف بين الوليين في مال المحجور عليه، وبين ولي الطفل والمشتري ومال الإمام إلى المنع، ولا فرق بين الأب والجد والولي والوصي والقيم بشرط نقائهم على الولاية، فلو استقل المحجور أو صرف الولي فلا

وَلَوْ قَالَ: بِعْتُكَهُ بِكَذَا فَقَالَ: وَهَبْتَنِيهِ فَلَا تَحَالُفَ بَلْ يَحْلِفُ كُلٌّ عَلَى نَفْيِ دَعْوَى الْآخَرِ فَإِذَا حَلَفَ رَدَّهُ مُدَّعِي الْهِبَةِ بِزَوَائِدِهِ.

وَلَوْ ادَّعَى صِحَّةَ الْبَيْعِ وَالْآخَرُ فَسَادَهُ فَالْأَصَحُّ تَصْدِيقُ مُدَّعِي الصِّحَّةِ بِيَمِينِهِ.

ذكره في «البسيط» والمراد نفي التحالف، أما الحلف على من توجهت عليه العهد فلا يندفع ويتحالف الوكيلان فيما عقداه على الأصح، وقد أوضحت الكلام على الفرع وتفاريعه في «الغنية».

إشارة: قالوا: لا تحالف إلا عند الحاكم؛ لأنه يمين مستحقة في دعوى، والظاهر أنهما لو حكما حكمًا حالف بينهما.

قال: (**وَلَوْ قَالَ: بِعْتُكَهُ بِكَذَا فَقَالَ: وَهَبْتَنِيهِ فَلَا تَحَالُفَ**) إذا لم يتفقا على عقد.

(**بَلْ يَحْلِفُ كُلٌّ عَلَى نَفْيِ دَعْوَى الْآخَرِ فَإِذَا حَلَفَ رَدَّهُ مُدَّعِي الْهِبَةِ بِزَوَائِدِهِ**) أي: جميعها إذ لا ملك له، هذا هو المشهور، وفي قولٍ: يصدق مدعي الهبة لاتفاقهما على أنه ملكه.

قال الإمام: ويفسخ البائع المبيع في الباطن إن كان صادقًا، لتعذر الثمن ولم يقل غيره في الباطن، وحكى الْمُتَوَلِّي وجهًا أنهما يتحالفا، وزعم أنه الصحيح وهو في «الإبانة» وقال في «العدة»: لم يرد أنهما يتحالفان كتحالف المتبايعين على النفي والإثبات بل يحلف كل على نفي دعوى الآخر، وعلى هذا حمل المصنف في التنقيح قول: الغزالي في كتاب الهبة يتحالفان، انتهى.

وتأملت كلام «التتمة» فوجدته لا يقبل التأويل فهو سهو، ولا يجوز عده وجهًا إلا أن يثبت عن غيره، وكأنه حمل كلام شيخه الْفُورَانِي على ظاهره.

إشارة: قد يقال: كيف يرد الزوائد، وهما متفقان على حدوثها على ملكه لم يقابلها عوض، وقد يثبت الفرع، وإن لم يثبت الأصل وقضية إيجاب ردها عز بها فوتها، وهو مشكل.

قال: (**وَلَوْ ادَّعَى صِحَّةَ الْبَيْعِ وَالْآخَرُ فَسَادَهُ فَالْأَصَحُّ تَصْدِيقُ مُدَّعِي الصِّحَّةِ بِيَمِينِهِ**) لأن الظاهر في العقود الجارية بين المسألتين الصحة، والثاني: تصديق

....

مدعي الفساد وصححه جماعة إذ الأصل عدم العقد الصحيح، وبقاء ملك كلٍّ على ماله. واعلم أن المشهور نقل الخلاف وجهين وحكيا قولين.

قال القاضي أبو الطيب والشافعي: ما يدل عليها ولاختلافها مراتب:

الأولى: أن يدعي حرية المبيع أو أنها أم ولد وأنها ملك الغير؛ فالذي أورده القاضي أبو الطيب وابن الصباغ وغيرهما من العراقيين والرافعي والمصنف أن القول قول: مدعي الصحة وجعلوه دليلًا لأحد الوجهين في دعوى الشرط المفسد، وكأنهم رأوا ألا خلاف فيه.

الثانية: أن يختلفا في صفة العقد فيدعي أحدهما وجوده على وجه مفسد كأجل مجهول أو شرط خيار مجهول أو زائد على الثلاث، وكل شرط يقتضي انضمامه إلى العقد فساده أو في انضمام فاسد إلى الثمن كدراهم وحمراء وغير ذلك مما لا يصح بيعه، ويدعي للآخر البيع بما هو قابل للبيع، فهذا محل الخلاف وفاقًا، والأصح ما ذكره المصنف.

وقال الرُّويَانِي في «التجربة»: لو اختلفا في شرط يفسد العقد، فالقول قول من ينفيه بلا خلاف.

الثالثة: أن يختلفا فيما يكون وجوده شرطًا كبلوغ البائع بأن باع، ثم قال: لم أكن بالغًا حين البيع، وأنكر المشتري، وما ذكراه محتمل صدق البائع؛ لأن الأصل عدم البلوغ، جزم به الرُّويَانِي في «التجربة» ولم يذكر غيره سواه، وكلام الأصحاب في كتاب الطلاق يوافقه، وكذلك لو اختلفا في الرؤية فالذي جزم به القاضي الحسين أن المشتري إذا قال: لم أر المبيع أنه يصدق بيمينه؛ لأن الأصل معه.

وقال الغزالي في «فتاويه»: إن القول قول البائع، قال في «الروضة»: هي اختلافهما في شرط مفسد، وإن الأصح قول مدعي الصحة، وعليه فرعها الغزالي، وكذا قال ابن أبي الدَّم في «أدب القضاء» وما ذكره القاضي أظهر، وبه أفتى الْعِمْرَانِي، وعليه ينطبق اختيار ابن الصلاح حيث فرق بين أن يسند

....

الفساد مدعيه إلى أمر زائد مفسد، فلا يصدق إذ الأصل عدمه أو يسنده إلى اختلال ركن أو شرط؛ فيصدق للأصل.

قال: هذا هو الذي استقر عليه الرأي، واعتمدت عليه في الفتوى.

قال بعض الشارحين: وقد تقدمه بذلك المحاملي والبندنيجي.

قلت: ويعضده ما ذكره السِّنْجِي في «شرح التلخيص» أنهما لو اختلفا في تغير ما كان رآه قبل العقد، فقال البائع: لم يتغير، وعاكسه المشترى.

قال الشَّافِعِي في كتاب «الصرف»: القول قول المشتري؛ لأن الأصل أن البيع غير لازم ما لم يعترف أنه شاهده، وهو على تلك الصفة، ألا ترى أنه لو أنكر الرؤية أصلًا كان القول قوله، انتهى.

وهذا منه يقتضي أنه محل وفاق في المذهب، ويجوز أن يخرج في الخلاف على تعارض الأصل، والظاهر والأصح فيه الأخذ بالأصل، وسيأتي في هذا مزيد كلام، ولو باعه الثمرة قبل بدو الصلاح أو الزرع في الأرض ثم اختلفا، هل شرطا القطع أم لا؟

فالقياس أنه كاختلافهما في الرؤية وأولى، فإن العامة أو غالبهم لا يعرفونه ولا يتعرضون لذكره بخلاف الرؤية، فيقرب هنا الجزم بتصديق نافيه، والحكم بالفساد إذ الأصل عدم ذكره، والغالب أنه لا يذكر، والله أعلم.

تنبيهات: قال الْقَفَّال: أصل الوجهين قولًا تعقيب الإقرار بما يرفعه، وسأذكر لفظه. وقال القاضي أبو الطيب: أصلها القولان فيمن تكفل برجل ثم قال: تكفلت على أن الخيار ثلاثًا، وأنكر صاحبه، فمن المصدق، وكلاهما راجع إلى شيء واحد، وإنما هو اختلاف مثال، وكلام المزني في «المختصر»: صريح فيه.

قال: الرَّافِعِي: ولمخرج أن يخرج الوجهين على تقابل الأصل والظاهر، انتهى.

وعبارة «فتاوى الْقَفَّال»: إذا اختلفا فقال المشتري: رأيته ثم اشتريته، وقال

....

البائع: بعتك قبل أن تراه، نظر إن سمع من البائع أنه لو أقرّ ببيع عبده مطلقًا لم يلتفت إلى قوله: بعد ذلك، وإن لم يسمع منه أبدًا إلا كذلك فعلى قول تعقيب الإقرار، ولو اختلفا على العكس فالحكم كما ذكرناه بلا فرق، انتهى.

وقضية التخريج أنه لو قدم ذكر المفسد هنا أن يكون القول قوله: قطعًا نظيره له من ثمن خمر على ألف كما هو المذهب هناك.

وقال القاضي الحسين في «التعليقة»: أثر نقله عن شيخه بناء القولين على تعقيب الإقرار، وهذا مطرد إلا في مسألة، وهي قوله: بعتك بألف، فقال المشتري: اشتريت بزق خمر، فمن يبعض لا يمكنه أن يجعل القول قول البائع، فالوجه أن يقال: يحبس المشتري حتى يتبين ما يكون ثمنًا.

وقال الْمُتَوَلِّي في هذه الصورة: إننا ننظر، فإن اتفقا على إيجاب البائع سبق حكم بصحة العقد؛ لأنه إذا سقط تسمية الخمر يبقى قوله: اشتريت، وهو مرتب على إيجاب البائع، وإن اتفقا على أن لفظ المشتري سبق فلا يصح العقد، لأن قوله: اشتريت لا يوجب حكمًا ما لم يكن معه ذكر ثمن، وإن اختلفا في السابق فهل القول: قول مدعي الصحة أو الفساد؟ فيه وجهان، قيل: وفيه نظر، إذ التفريع على تصديق مدعي الصحة، وجوابه: أنه يوافق مدعي الفساد في هذه الصورة، قاله ابن الرِّفْعَة، وما قاله: القاضي أقوى مما قاله الْمُتَوَلِّي.

وقال في «الروضة»: ولو قال: بعتك بألف، فقال: بل بخمر، فعلى الوجهين، أي: ودعوى الصحة والفساد، وقيل: بقطع الفساد، كذا نقل الرَّافِعِي الطريقين عن «التهذيب» وأقره [الْبَغَوِي. . . .][1] ادعى أحدهما البيع بمائة، فقال الآخر: بل بخمسين وزق خمر، وصدقنا مدعي الصحة.

قال الْمُتَوَلِّي والبغوي: حلف بالله ما كان في العقد تسمية الخمر، فينبغي ذلك، ويبقى المنازعة في قدر الثمن فتحالفان.

ونقل ابن الرِّفْعَة عن «مختصر الْبُوَيْطِي»: أنه إذا قال: اشتريت بألف،

---

(١) بياض بالأصل.

....

فقال: بل بعت بألف وزق خمر أو جلد ميتة وما أشبه ذلك تحالفا وتفاسخا؛ لأن هذه زيادة ادعاها رب الثوب حرامًا كانت أو حلالًا، انتهى.

قيل: وجريان التحالف هنا مشكل، وليست كالصورة قبلها؛ لأنا إذا أسقطنا الخمر هنا صار الثمن بدعواهما ألفًا فلا اختلاف، ولا تحالف بخلاف المسألة قبلها؛ فليتأمل.

قلت: ولفظ النص فيما رأيته في «الْبُوَيْطِي»: وإن ادعى أحدهما أن ثمن الثوب درهم. وقال الآخر: بعتك بدرهم وزق حمر أو جلد ميتة أو ثوب وما أشبهه تحالفا وتفاسخا؛ لأن هذا زيادة، وكل زيادة ادعاها رب الثوب حرامًا كانت أو حلالًا أحلفناه، وفسخنا البيع.

قال: وكل شيء لم يكن زيادة وإنما هو دعوى فساد البيع مثل قوله: لي الخيار في السلم، ومثل قوله: على أن يسلمه إلى فلان إذا شاء، وما أشبه ذلك حلف المبتاع، وثبت البيع، انتهى.

فرع: قال شُرَيْح الرُّويَانِي في «أدب القضاء»: إذا ادعى فساد العقد وأقام بينة أن البائع كان أقر أنها مغصوبة سمعت، وحكم بفساد البيع. وحكى جدّي عن بعض أصحابنا أنها لا تسمع أنه إن سمى المغصوب منه لم يسمع وإلا سمعت.

فرع: ادعى عليه عينًا فصالحه عنها على عوض ثم اختلفا، فقال المدعي: إنما صالحته على الإنكار؛ فالصلح باطل ولي الرجوع إلى أصل الخصومة.

وقال المدعى عليه: لا بل كنت أقررت لك بها أولًا ثم أنكرت ثم صالحت عنها.

قال الشيخ أبو حامد: فالقول قول المدعي؛ لأن الأصل هو الصلح على الإنكار الذي قد عرف إلى أن تقوم البينة بإقراره قبل ذلك قاله في «البيان» هناك.

إشارات: لو قال المصنف: ولو ادعى صحة العقد لكان أجود إذ الخلاف جارٍ في عقود المعاوضات كالإجارة والصداق وعوض الخلع وغيرها، نعم يستثنى ما لو باع ذراعًا من أرض علما درعها فادعى البائع أنه أراد ذراعًا معينًا

وَلَوْ اشْتَرَى عَبْدًا فَجَاءَ بِعَبْدٍ مَعِيبٍ لِيَرُدَّهُ فَقَالَ الْبَائِعُ لَيْسَ هَذَا الْمَبِيعُ صُدِّقَ الْبَائِعُ بِيَمِينِهِ وَفِي مِثْلِهِ فِي السَّلَمِ يُصَدَّقُ الْمُسْلِمُ فِي الْأَصَحِّ يَدِ الْعَبْد].

حتى لا يصح العقد، وادعى المشتري الإشاعة ليصح فأرجح الاحتمالين في «الروضة» تصديق البائع حتى يفسد؛ لأنه أعلم بإرادته، وما إذا اختلفا أن الصلح وقع على الإنكار والاعتراف؛ فإن الصواب في «الروضة» تصديق مدعي وقوعه على الإنكار؛ لأن الغالب وهو شاهد لما يجنيه في بيع الزرع الأخضر ونحوه، فإن الغالب عدم التعرض لشرط القطع، وأما إذا قال السيد: كاتبتك وأنا مجنون أو محجور عليَّ وعرف ذلك فإنه المصدق.

قلت: ولا اختصاص لهذا بهذه الصورة بل الحكم كذلك في البيع وغيره من العقود إذا احتمل ذلك، وقد سبق دعواه الصبي حالة البيع.

فرع: تقايلا أو ردَّ بالعيب بعد دفعه الثمن، ثم اختلفا في قدره؛ صدق البائع بيمينه لأن العقد ارتفع، وهو يدعي زيادة الأصل عدمها.

قال: (**وَلَوْ اشْتَرَى عَبْدًا فَجَاءَ بِعَبْدٍ مَعِيبٍ**) أي: مثلًا ليرده، فقال البائع: ليس هذا المبيع صدق البائع؛ لأن الراد يروم الفسخ، والأصل بقاء العقد والسلامة، وهذا في المبيع المعين فيصدق المشتري بيمينه، أما لو اشترى موصوفًا في الذمة ثم قبضه ثم جاء بالمقبوض (**لِيَرُدَّهُ**) بعيب فكالمسلم فيه، وكذا الثمن في الذمة، والثمن المعين كالمبيع المعين، فيصدق المشتري بيمينه.

قال الْبَغَوِي: لكن لو كان نخاسًا لا قيمة له، فالقول قول الرَّادّ، قال: الرَّافِعِي وينبغي أن يكون على الخلاف في دعوى الصحة والفساد.

قال: (**فَقَالَ الْبَائِعُ لَيْسَ هَذَا الْمَبِيعُ، صُدِّقَ الْبَائِعُ بِيَمِينِهِ**): **قلت**: ولعله بناه على اختياره تصديق مدعي الفساد، ويجئ ما ذكره في البيع المعين إذا كان فاسدًا لا قيمة له، وسبق عن الدَّارِمِي أنهما لو تحالفا فرد السلعة فقال البائع: ليست هي، فالقول قول المشتري، فليتأمل ما ذكروه هنا.

قال: (وَفِي مِثْلِهِ فِي السَّلَمِ يُصَدَّقُ الْمُسْلِمُ فِي الْأَصَحِّ يَدِ الْعَبْد) لأنه لم يعترف بقبض ما عقد عليه، والأصل اشتغال ذمة صاحبه، وفي بيع المعين اتفقا

....

على قبض المبيع وتنازعا في سبب الفسخ، والأصل عدمه، والثالث يصدق المسلم إليه كبيع المعين.

فائدتان: الأولى: قال في «الروضة»: لو قال: بعتك الشجرة بعد التأبير فالثمرة لي، وعاكسه المشتري صدق البائع؛ لأن الأصل بقاء ملكه، انتهى.

ومن النظائر لو اختلفا في ولد المبيعة، فقال البائع: وضعته قبل العقد فهو لي، وقال المشتري: بل بعده. قال في أواخر «النهاية»: كتب الحليمي إلى الشيخ أبي زيد يسأله عن ذلك، فأجاب بأن القول قول البائع؛ لأن الأصل بقاء الملك.

قلت: وحكى الدَّارِمِي في المصدق منهما وجهين، ومنها قالت مكاتبته: ولدت بعد الكتابة، فقال: بل قبلها، صدق السيد، قاله الْبَغَوِي وما نفاه، قالا: ولو زوج أمته بعبده ثم باعها منه وولدت، وقد كاتبه؛ فقال السيد: ولدته قبل الكتابة فهو قنٌّ لي، وقال المكاتب: بعد الشراء، فقد كاتب صدق المكاتب بيمينه ويده مقرة على هذا الولد وهي تدل على الملك والمكاتبة لا تدعي الملك؛ بل تدعي ثبوت حكم الكتابة فيه، انتهى.

وهذا الفرق يقتضي أن ينظر في مسألة الثمرة والتي بعدها إلى اليد حالة التنازع، ورأيت في فروع ابن الْقَطَّان في مسألة الثمرة أنهما يتحالفان ويترادان وبه جزم الدَّارِمِي وزاد فذكر أنهما لو اختلفا على العكس ما ذكرناه فالبيع صحيح، ويوقف الثمرة وولد الجارية ومن ينفق عليه في الوقف يحتمل وجهين: الْقَطَّان.

أحدهما: ببيت المال، **والثاني**: يستقرض له الإمام، فإن بان شيء فعليه وإلا فعليه إذا بلغ انتهى. وما ذكره هو وابن الْقَطَّان من التحالف هو الظاهر؛ لأنه في الحقيقة اختلاف في قدر المبيع أو صفته ولينظر في مسألة الحكيمي، فإن اختلافهما إذا كان قبل ذلك سن التفرقة اختلاف في صحة البيع وفساده في الحقيقة، ولعله مراد الدَّارِمِي مما أطلقه من الوجهين فمن المصدق منهما؟ الثانية، قالا هنا لو رد المبيع بعيب.

(باب في معاملة الرقيق)

قال المصنف: [باب الْعَبْدُ إنْ لَمْ يُؤْذَنْ لَهُ فِي التِّجَارَةِ لَا يَصِحُّ شِرَاؤُهُ بِغَيْرِ إذْنِ سَيِّدِهِ فِي الْأَصَحِّ، ....

قال: كنت أعتقته برد الفسخ ويحكم بعتقه وهذا محمول على ما إذا صدقه البائع وإلا فليس له إبطال حقه بمجرد دعواه كما لو باعه، ثم قال: كنت أعتقته.

قلت: يبعد هذا قول الإمام في كتاب «الرهن» أن هذا هفوة لا يعتد بها فإنه أقر بما هو خارج عن ملكه بخلاف الرهن، ولو كان الأمر كما قيل لم يكن هفوة ويظهر أن يقال: إن كان التصوير فيما إذا صدق البائع على العيب واسترده لم يصدق المشتري فيما زعمه من العتق، وإن كان التصوير فيما لو رده ببينة تقدم عيبه والبائع ينكر قدمه ويدعي حدوثه بيد المشتري، وبقاءه على ملكه ثم ادعى البائع ذلك فسخ الرد وحكم بعتقه؛ إذ البائع يقول: هو أبق على ملكه وأنا مظلوم برده، فيكون ذلك في حكم التصديق، ولينظر فيما لو نكل البائع عن الحلف على نفي قدم العيب فحلف المشتري اليمين المردودة ورده، ثم جاء وادعى العتق ومن قبل، هل تلفت ذلك على أن اليمين المردودة كالإقرار أو كالبينة؟ ويترتب عليه ما أيدناه أم لا؟

ثم رأيت في فروع ابن الْقَطَّان قبل باب الاستبراء فجحده لم يلحق به إلا أن يعترف مع الولد وحصل في ملك غيره، ثم ادَّعى ذلك الولد، هل يقبل منه أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: يقبل منه ويصير الولد حرًا، ويجب أن يفسخ البيع، ويرد الثمن وتصير أم له. والثاني: لا يقبل منه؛ لأن في ذلك إبطال لحق المشتري، انتهى.

والثاني هو القياس، والأول يوافق ما نقلاه هنا، وبه يتبين أنه وجه محقق ضعيف. وبالله التوفيق وأسأله الإعانة.

قال الشارح: قال: **(باب)** أي: في معاملة العبد القنّ.

قال: **(الْعَبْدُ إنْ لَمْ يُؤْذَنْ لَهُ فِي التِّجَارَةِ لَا يَصِحُّ شِرَاؤُهُ بِغَيْرِ إذْنِ سَيِّدِهِ فِي الْأَصَحِّ)**.

....

قلت: وقيل قطعًا وقيل على **الأظهر**، لأنه محجور عليه لنقصه كالسفيه.

والثاني: يصح، لأن الثمن في ذمته ولا حجر عليه فيها ويجريان في اقتراضه وضمانه وسائر عقود المعاوضة، خلا النكاح، فلا يصح جزمًا، ويصح طلاقه بالمال وخلعه كما سيأتي. ونسب الْمَاوَرْدِي الصحة إلى الجمهور ونسبه غيره إلى العراقيين.

وقال القاضي أبو الطيب: شراؤه مثل قبوله الهبة والوصية، بعد نقله عن الأكثرين الصحة فيهما وأنه المذهب.

قال شارح: والأمر كما قال: ولا فرق بينهما فيمن يلتزم ترجيح ما عليه الأكثر ينبغي أن يصحح الشراء هنا لا سيما، ولا ينهض دليل قوي على فساده.

قلت: فظاهر نصه في «الأم» أو نصه موافق الأول كما سقته في «الغنية» بحروفه وتفاريع، الثاني يبين ضعفه، فإن الصحيح عليه أن الملك فيما اشتراه للسيد لا له وإلزام العوض لمن لا يملك العوض تعبد، والوجهان في شرائه في الذمة فإن اشترى معين فباطل جزمًا.

قال الدَّارِمِي: لو اشترى غير المأذون بإذن سيده هل يقع له أو لسيده؟ وجهان. **قلت**: الظاهر أنه لسيده.

إشارات: قوله: بغير إذن سيده يفهم أنه لا يصح بإذن ولي سيده المحجور عليه لصغر أو غيره، والظاهر أن إذن وليه كإذنه إذا قلنا: بالأصح فيظهر استثناء صور:

منها: لو امتنع السيد من الإنفاق عليه وتعذرت مراجعة الحاكم أو حيل بينهما لحبس أو غيره؛ فالقياس صحة شرائه ما تمس حاجته إليه كما سبق في السفيه وأولى، وفي كلام الْبَغَوِي شيء منه، وكذا لو بعثه في شغل إلى بلد بعيد أو أذن له في حج أو غزو، فله فيما يظهر شراء قوته وما لا بدَّ له منه إذا هاباه البعض فشراه في ثوبه نفسه صحيح، وإلا فهل يصح عند قصده نفسه، أو يصح، فإن أطلق أو تحرى خلاف من تفريق الصفقة؟

لم أر فيه شيئًا، وذكر في «التنبيه» وتابعه الْجُرْجَانِي في «التحرير» أنه

وَيَسْتَرِدُّهُ الْبَائِعُ سَوَاءٌ كَانَ فِي يَدِ الْعَبْدِ أَو سَيِّدِهِ، فَإِنْ تَلِفَ فِي يَدِهِ تَعَلَّقَ الضَّمَانُ بِذِمَّتِهِ، أَو فِي يَدِ السَّيِّدِ فَلِلْبَائِعِ تَضْمِينُهُ، وَلَهُ مُطَالَبَةُ الْعَبْدِ بَعْدَ الْعِتْقِ، وَاقْتِرَاضُهُ كَشِرَائِهِ، وَإِنْ أَذِنَ لَهُ فِي التِّجَارَةِ تَصَرَّفَ بِحَسَبِ الْإِذْنِ، فَإِنْ أَذِنَ فِي نَوْعٍ لَمْ يَتَجَاوَزْهُ.

يشترط في المأذون الرشد ويوافقه قول: المصنف، وشرط العاقل الرشد والذي ذكر الأصحاب في العبد اعتبار البلوغ والعقد وسكتوا عن الرشد.

وقيل: إن الماوَرْدِي شرط أن يكون نجيب يصح تصرفه لنفسه لو كان حرًّا ولم أره فيه في مظانه، فإن صح هذا كان شرطًا في صحة شراء عين المأذون؛ إذا قيل: به ومن باب أولى الْجُرْجَانِي.

قال مفرعًا: (**وَيَسْتَرِدُّهُ الْبَائِعُ سَوَاءٌ كَانَ فِي يَدِ الْعَبْدِ أَو سَيِّدِهِ**) لبقائه على ملكه. قال: (**فَإِنْ تَلِفَ فِي يَدِهِ**) أي: يد العبد.

(**تَعَلَّقَ الضَّمَانُ بِذِمَّتِهِ**) أي: سواء أراه السيد العبد أم لا، لثبوته برضا صاحبه فيدمغ به إذا عتق ويلزمه قيمته إن كان متقومًا.

قال: (**أَوْ فِي يَدِ السَّيِّدِ فَلِلْبَائِعِ تَضْمِينُهُ**) أي: تضمين السيد باليد.

(**وَلَهُ**) أي: للبائع (**مُطَالَبَةُ الْعَبْدِ**) أيضًا لتعلقه بذمته.

(**بَعْدَ الْعِتْقِ**)؛ لأنه معسر فيقعا في قدر القيمة بعد تلف الثمن في التقاضي.

قال: (**وَاقْتِرَاضُهُ كَشِرَائِهِ**) أي: في جميع ما سبق إذ هو عقد معاوضة كالشراء.

قال: (**وَإِنْ أَذِنَ لَهُ فِي التِّجَارَةِ تَصَرَّفَ**) أي: بالإجماع ولأن المنع لحقه وقد أذن وسبق ما قيل من اعتبار الرشد في العبد وهو غريب، وهل للولي أن يأذن لعبد محجوره؟

الظاهر نعم؛ لأنه نوع استخدام؛ لكن إن دفع إليه مالًا فلا بدَّ من الأمانة، وإن أذن له في الاتجار على ذمته ففيه احتمال ولا تقل عندي فيه.

قال: (**بِحَسَبِ الْإِذْنِ**)، كالمضارب والوكيل.

(**فَإِنْ أَذِنَ لَهُ فِي نَوْعٍ لَمْ يَتَجَاوَزْهُ**) أي: وكذا في وقت لما ذكرناه، وهل

وَلَيْسَ لَهُ نِكَاحٌ وَلَا يُؤْجِرُ نَفْسَهُ، وَلَا يَأْذَنُ لِعَبْدِهِ فِي التِّجَارَةِ، وَلَا يَتَصَدَّقُ

المكان كذلك؟ فيه احتمال، ولا يتوقف ذلك على إعطائه مالًا كما جزمنا به في كتاب «الرهن» وسنذكر إشارة سكوته عن تعيين السيد نوع ما يتجر فيه يشعر بأنه لا يشترط كما صرح به غيره، وقال الرُّويَانِي: لا بدَّ منه، واختاره الصعلوكي.

قال: (**وَلَيْسَ لَهُ نِكَاحٌ**) لأنه خسارة لم يأذن له فيها.

وقال ابن يونس في «شرح الوجيز»: (**وَلَا يُؤْجِرُ نَفْسَهُ**) أي: على الصحيح كما لا يتصرف في رقبته، وقيل: يجوز لأنه ولو قيل: إن جرى العرف به للمأذون جاز وإلا فلم يبعد، واقتضى كلام الكتاب أن له مؤاجرة عبده التجارة ودوابها وغيرهما وهو الأصح في «الروضة» وأصلها.

قال الرَّافِعِي: لأن التجار قد يعتادون ذلك، ولأن المنفعة من فوائد المالك فيملك العقد عليها كالصوف واللبن ونسب في «التنقيح» ترجيحه إلى الْبَغَوِي؛ فالرافعي قال: إن صاحب «المهذب» وغيره من العراقيين قالوا: إن المذهب المنع وظاهر كلامه موافقتهم وصححه الْعِمْرَانِي، وجزم به ابن أبي عصرون في تنبيهه وهو الأصح؛ لأن الإجارة ليست من التجارة عرفًا فلا يتضمنها إذنه والمأخذ العرف، نعم إن اطَّرد عُرف كل ناحية بذلك من التجار وفيه بعد فيحتمل أن يقال، ويحتمل أن يختلف الحال باختلاف طبقات الناس.

إشارة: بنى الْمُتَوَلِّي الخلاف على أن التاجر إذا استأجر بمال التجارة ليربح هل ينقطع حوله؟

قال: (**وَلَا يَأْذَنُ لِعَبْدِهِ فِي التِّجَارَة**) أي: لا يأذن لعبيد التجارة فيها؛ لأن السيد لم يأذن في، وفي توكيله عند التجارة في آحاد التصرفات وجهان، والجواب أجاز في «الحاوي» الصغير أن الإمام والغزالي رجحاه، ولعل وجهه أنه نوع استخدام بخلاف توكيله الأجنبي، كذا جزم به في«الروضة».

وقال ابن يونس في «شرح الوجيز»: لا فرق بين أن يوكل عبيده أو أجنبيًا فإن خصه الغزالي بعبده وله أن يوكل فيما يعجز عنه، انتهى وهو حسن.

قال: (**وَلَا يَتَصَدَّقُ**) لعدم الإذن ولا يبعد إشارة ببعض قوته وأعانه الرفيق

وَلَا يُعَامِلُ سَيِّدَهُ وَلَا يَنْعَزِلُ بِإِبَاقِهِ ....

والضعيف سدنة في الشيء الخفيف؛ بل ينبغي الجزم به للعرف ولا يعتبر خلافًا لأبي حنيفة، وفي إقراضه تردد للقاضي وينبغي أن يفصل فيجوز للمصلحة لا غير.

قال في «الروضة»: ولا ينفق على نفسه من مال التجارة وهذا ظاهر مع اجتماعه مع السيد وإمكان مراجعته، أما لو غلب السيد أو المأذون بإذنه فالوجه الجواز للعرف المطرد به.

قال: **(وَلَا يُعَامِلُ سَيِّدَهُ)** أي: شراءً ولابيعًا؛ لأن تصرفه له بخلاف المكاتب، وأرسل العراقيون وجهين في جواز بيعه من السيد إذا ركبته الديون وزيف الإمام ذلك، وقال: الوجه القطع بالمنع.

وقال الرُّويَانِي: يحتمل أن يريد قائله أن السيد يأخذ الشيء بقيمته كما يدفع قيمة العبد الجاني ولا يكون تبعًا، ويحتمل أن يقال مثل هذا في مال القراض، انتهى.

وفي «زيادات العبادي»: أنه إذا باع المأذون والمديون من المولى صح؛ لأنه أثبت دينًا للغرماء فكأنه على المولى.

قال: وهذه المسألة حجة في بيع المريض من الوارث، انتهى.

وعلل الْعِمْرَانِي الجواز بأن ما في يده صار كالمستحق للغرماء فكأنه اشترى منهم فالتأويل السابق ضعيف وإن اعتمده بعض الشارحين وسيأتي في القراض - إن شاء الله تعالى - ما يدفع تأويل الرُّويَانِي، ولا شك أن المذهب المنع في البابين.

قال: **(وَلَا يَنْعَزِلُ بِإِبَاقِهِ)** أي: قطعًا لبقاء الإذن فإن عاد إلى الطاعة يصرف جزمًا ويصح تصرفه في حال غيبته وإباقه على الصحيح إلا أن يخص السيد الإذن ببلده، وبنى الْمُتَوَلِّي الوجهين على الوجهين في المأذون إذا اشترى لنفسه شيئًا هل يصح؟ لأن الظاهر من حال الآبق أن يقصد المعاملة لنفسه فيجعل دلالة الحال كالقصد.

فروع وتتمات: منها: لا تنعزل الأمة باستيلادها قطعًا وذكر في متن

....

«الروضة» وجهًا وهو سهو على الرَّافِعِي، وإنما أشار بقوله فعلى الخلاف إلى خلاف أبي حنيفة في الإباق ولا ينعزل المأذون بعزله بنفسه، ولا بإنجازه الرق في انعزاله ببيعه له وإعتاقه وكتابته: وجهان في «التتمة». وأجاب غيره في صورة البيع بالانعزال وهو الظاهر والعتق مثله وأولى.

ومنها: جزم الْمُتَوَلِّي بأنه إذا دفع إليه مالًا للتجارة أنه يملك البيع نقدًا ونسيئة تجزئ [قبل تفرق] التجارة بذلك، وظاهر كلامه أنه يفتقر إلى إذن وأطلق في «الروضة» هنا أنه لا يجوز أن يبيع نسيئة إلا بإذن، فافهم.

وإنه يشتري مالًا بلا إذن سيده وهو قضية كلام «التهذيب» وغيره.

وقال في كتاب «الرهن» إذا قال له: اتجر بجاهك ولم يدفع إليه مالًا فله البيع والشراء في الذمة حالًا ومؤجلًا، وكذا الرهن والارتهان فيحتمل ما ذكره هنا إذا دفع إليه مالًا أو فضل بيده من الاتجار تجاهه بشيء كما ذكره هناك ويحتمل أطلق الْمُتَوَلِّي على ما إذا اقتضاه العرف وتخصص به إطلاق غيره كما هو ظاهر كلامه.

ورأيت في آخر القراض من «الْبُوَيْطِي» عن نصه، وإذا قال: لوكيله أو رسوله أو عبده: اشتر بالدَّيْن فلا يجوز حتى يقول: اشتر من دينار إلى مائة، وقضية إطلاقهم أنه لا فرق بين عبده المأذون وغيره، وقع في ذهن المأذون والمكاتب اضطراب في «الروضة» يأتي بيانه هناك إن شاء الله تعالى.

ومنها: سكتا هنا عما يبيع به وقالا في عامل القراض: يجوز أن يبيع بالعرض لأنه من مصالح التجارة. وقال الْجُرْجَانِي: يجوز للعامل أن يبيع ويشتري بالعرض، والمذكور في «الشامل» وغيره أن العامل لا يبيع إلا بنقد البلد إلا أن يأذن له، وسياقهم يفهم أنه منصوص «الأم» وعليه اقتصر في «البحر» خلافًا لأبي حنيفة. وقال صاحب «التعجيز في شرح الوجيز»: المأذون قريب من المعاوض ولا يفارقه إلا في شيئين:

أحدهما: إن خسر المأذون في ذمته وخسر القراض على المالك.

وَلَا يَصِيرُ مَأْذُونًا لَهُ بِسُكُوتِ سَيِّدِهِ عَلَى تَصَرُّفِهِ.

وَيُقْبَلُ إِقْرَارُهُ بِدُيُونِ الْمُعَامَلَةِ، وَمَنْ عَرَفَ رِقَّ عَبْدٍ لَمْ يُعَامِلْهُ حَتَّى يَعْلَمَ الْإِذْنَ بِسَمَاعِ سَيِّدِهِ أَو بَيِّنَةٍ أَو شُيُوعٍ بَيْنَ النَّاسِ وَفِي الشُّيُوعِ وَجْهٌ، ....

الثاني: الرجوع بالعهدة على المأذون وفي القراض على المالك انتهى.

وفي الشركة من «الروضة» أن الشريك لا يبيع إلا بنقد البلد.

قال صاحب «التعجيز»: وبه أجاب جمهور النقلة، وقال جدّه في «المحيط»: إنه غلط؛ لأن المقصود الربح كالقراض وسبق ما قيل في القراض، فحصل تردد فيه وينبغي طرده في الشريك والمأذون، والأوجه الجواز في الجميع للعُرف، ولأنه نوع من التجارة المأذون فيها، ويحتمل أن يقال: إن تيسرت مراجعة المالك والشريك والسيد عمل بقوله، وإلا فوجهان: أقربهما الجواز.

قال: **(وَلَا يَصِيرُ مَأْذُونًا لَهُ بِسُكُوتِ سَيِّدِهِ عَلَى تَصَرُّفِهِ)** كما لو رآه يتزوج فسكت لم يكن إذنًا فيه، وقد يستثنى صورة وهي لو باع المأذون مع ماله، فهل يحتاج إلى إذن جديد من المشتري أم يبقى فيه على ما كان عليه؟ وجهان: أظهرهما في النهاية

الثاني: قاله ابن الرِّفْعَة.

قال: **(وَيُقْبَلُ إِقْرَارُهُ بِدُيُونِ الْمُعَامَلَةِ)** ولو لأبيه وابنه لقدرته على الأشياء والمسألة معادة في الإقرار.

فرع: لو أحاطت به الديون فأقر بشيء مما في يده أنه لسيده استعاره منه قبل منه، وقيل: لا ذكره شُرَيْح الرُّويَانِي في «روضته».

قال: **(وَمَنْ عَرَفَ رِقَّ عَبْدٍ لَمْ يُعَامِلْهُ حَتَّى يَعْلَمَ الْإِذْنَ بِسَمَاعِ سَيِّدِهِ)** إن المعتبر الإذن.

(أَوْ بَيِّنَةٍ أَو شُيُوعٍ بَيْنَ النَّاسِ) لأن الأصل عدم الإذن.

(وَفِي الشُّيُوعِ وَجْهٌ)، لأن الحجر محقق ويشك في زواله.

تنبيهات وفروع: كلامه يشعر بجواز معاملة من جهل رقه وحريته وهو

وَلَا يَكْفِي قَوْلُ الْعَبْدِ، فَإِنْ بَاعَ مَأْذُونٌ لَهُ وَقَبَضَ الثَّمَنَ فَتَلِفَ فِي يَدِهِ فَخَرَجَتْ السِّلْعَةُ مُسْتَحَقَّةً رَجَعَ الْمُشْتَرِي بِبَدَلِهَا عَلَى الْعَبْدِ، وَلَهُ مُطَالَبَةُ السَّيِّدِ أَيْضًا، وَقِيلَ: لَا، وَقِيلَ إِنْ كَانَ فِي يَدِ الْعَبْدِ وَفَاءٌ فَلَا.

الأظهر، إذ الأصل والغالب الحرية والقولان في غير الغريب فيعامل جزمًا للحاجة، وهل المراد بالبينة ما يقام بين يدي الحاكم واختار عدلين له؟ الظاهر الثاني، وظاهر كلامه أنه لا يكفي إخبار عدل واحد وفيه احتمالات لابن الرِّفْعَة:

أحدها: هذا، والثاني: يكفي قطعًا كالخبر وهو المختار عندي وأولى من الشيوع إذ يشيع ما لا أصل له يعتد به وعليه الظن بالعدل حاصله.

والثالث: إلحاقه بالشفعة فيكفي على الأصح، قاله العبادي في «الزيادات» لو قال لقوم: بايعوا عبدي صار مأذونًا.

وقال أبو حنيفة: لا يصير مأذونًا في البيع من غيرهم حتى يبايعوه، ولو امتنع من باعه من التسليم حتى يشهد على الإذن فله ذلك ولو بايعه من علم رِقَّه دون إذن سيده فبان مأذونًا، فكمن باع ماله ظانًّا أنه لغيره، ولو ظن حريته فبان مأذونًا قال جماعة: فللبائع الخيار ويحتمل أن يكون على الوجهين فيما لو بان وكيلًا، ويحتمل أن يفرق بين من ركبته الديون وغيره.

قال: (**وَلَا يَكْفِي قَوْلُ الْعَبْدِ**) أي: في الإذن له إذ الأصل عدمه، وقوله في الحجر عليه مقبول وإن أنكره سيده في الأصح؛ لأن العاقد مقر ببطلان العقد.

قال: (**فَإِنْ بَاعَ مَأْذُونٌ لَهُ وَقَبَضَ الثَّمَنَ فَتَلِفَ فِي يَدِهِ فَخَرَجَتْ السِّلْعَةُ مُسْتَحَقَّةً رَجَعَ الْمُشْتَرِي بِبَدَلِهَا عَلَى الْعَبْدِ**)، لأنه العاقد فتعلقت العهدة به.

وقيل: لا يطالب العبد إذًا، إذا قلنا يطالب السيد وزيف، وقوله ببدلها كذا في أكثر النسخ وصوابه ببدله أي: بدل الثمن وأصلح في نسخ هكذا.

قال: (**وَلَهُ مُطَالَبَةُ السَّيِّدِ أَيْضًا**)، إذ العقد له.

(**وَقِيلَ لَا**)؛ لأنه بالإذن أعطاه استقلالًا وقصر الطمع على يده وذمته.

(**وَقِيلَ إِنْ كَانَ فِي يَدِ الْعَبْدِ وَفَاءٌ فَلَا**) لحصول الغرض بذلك.

وقال ابن سُرَيْجٍ: إن أعطاه السيد عينًا، وقال: بعها واتجر بثمنها؛ ففعل

وَلَوْ اشْتَرَى سِلْعَةً فَفِي مُطَالَبَةِ السَّيِّدِ بِثَمَنِهَا هَذَا الْخِلَافُ، وَلَا يَتَعَلَّقُ دَيْنُ التِّجَارَةِ بِرَقَبَتِهِ، وَلَا بِذِمَّةِ سَيِّدِهِ بَلْ يُؤَدَّى مِنْ مَالِ التِّجَارَةِ، وَكَذَا مِنْ كَسْبِهِ بِاصْطِيَادٍ وَنَحْوِهِ فِي الْأَصَحِّ.

ثم ظهر الاستحقاق وطالبه وباعها، ثم بان الاستحقاق فلا.

قال: (**وَلَوْ اشْتَرَى سِلْعَةً فَفِي مُطَالَبَةِ السَّيِّدِ بِثَمَنِهَا هَذَا الْخِلَافُ**)، لما سبق من التعليل، قال: (**وَلَا يَتَعَلَّقُ دَيْنُ التِّجَارَةِ بِرَقَبَتِهِ**) لأنه يثبت برضا مستحقيه كالصداق، وحكى وجه أنه ديون المعاملة تتعلق برقبة العبد وهو شاذ.

قال: (**وَلَا بِذِمَّةِ سَيِّدِهِ**) قال في «الروضة» قطعًا؛ لأنه لزمه بمعاوضة مقصوده وبإذنه فيكون متعلقًا بالكسب فقط كنفقة النكاح.

قال: (**بَلْ يُؤَدَّى مِنْ مَالِ التِّجَارَةِ**) أي: وتجارة رأس مال لاقتضاء العرف والإذن له.

قال: (**وَكَذَا مِنْ كَسْبِهِ بِاصْطِيَادٍ وَنَحْوِهِ فِي الْأَصَحِّ**) كما يتعلق به المهر ومؤن النكاح، ثم ما فضل يبقى في ذمته حتى يعتق، والثاني كسائر أموال السيد.

واعلم أن هذا الفصل وقع في كتبهما هكذا، وفيه اضطراب شديد إذ كيف يقال: يطالب السيد بثمن السلعة المستحقة وبديون التجارة على التجارة على الصحيح فيهما؟

ثم يقال: متصلًا به أن دين التجارة لا يتعلق بذمته قطعًا؛ بل يؤدى من كذا وكذا ولولا الوجه المفصل لأمكن الجمع بين الكلامين، والظاهر أن هذا إنما جاء من خلط فقه الطريقتين مع تباينها من غير تأمل، فالإمام وأتباعه يرون ترجيح مطالبة السيد مطلقًا وهو شاذ.

والمذهب غيره كما سيأتي وهذا اتفق هذا التناقض في «الروضة» وأصلها و«المنهاج» وأصله، وزاد في الروضة قطعًا أي: لا يتعلق بذمة السيد بلا خلاف ولم أر هذا الاضطراب لغيرهما، فإن الإمام ذكر المطالبة وغيره المنع فالذي في كتب العراقيين لتجريد المحاملي في «تجريده» و«المهذب» و«التنبيه» و«الشامل» و«التقريب» لسليم الرازي، و«الحاوي»، و«الشافي»، و«التحرير» و«البيان».

....

والذي في كتب المراوزة كتعليق القاضي الحسين و«التتمة» و«التهذيب» و«الكافي» أن ديون المعاملة تقضى بما بيده، فإن بقي شيء أتبع به إذا أعتق وهو قضية نص «الأم»، وصرح الْمَاوَرْدِي، والعمراني، والمتولي بأنها لا تتعلق بذمة السيد ولم يحك أبو نصر البندنيجي في «المعتمد» التعلق بذمة السيد إلا عن الإمام أحمد فقط، والله أعلم.

فائدة: قال في «الروضة»: هنا لو ركبته الديون فتصرف سيده فيما في يده ببيع أو هبة وإعتاق بإذن المأذون والغرماء جاز ويبقى الدين في ذمة العبد، وإن أذن العبد لم يجز، وإن أذن الغرماء دونه فوجهان وصحح المنع في البيع.

وقال الْبَغَوِي في كتاب «النكاح»: لو أعتق السيد عبده المأذون المديون والوارث عند التركة وعلى المورث دين، قال الْبَغَوِي: قيل في النقود قولان كإعتاق المرهون، والمذهب أنه إن كان معسرًا لم تنفذ وإن كان موسرًا نفذ كالاستيلاد وعليه أقل الأمرين الدين، وقيمة العبد كإعتاق الجاني وما نقلاه، وما أخذه الرَّافِعِي من «التهذيب» بحروفه فالمذهب التفصيل كما ذكره هنا وأولى بالنقود من المرهون.

فروع: إذا اشترى المأذون شراء فاسدًا لم يطالب السيد قطعًا ولا يتعلق بكسب العبد ونحوه في الأصح؛ لأن الإذن إنما يتناول الصحيح فقط، قاله الْبَغَوِي في«الفتاوى».

قال: فيكون كغير المأذون يشتري بغير إذن المولى فتتعلق بذمته.

قال الْمُتَوَلِّي :لو قصد المأذون الشراء لنفسه وقع لسيده، وقيل له: لو قال المأذون حجر على السيد فكربه السيد فمن أصحابنا من صحح التصرف.

وقال الإمام: ظاهر المذهب أنه لا يجوز معاملته لو جنى على المأذون، أو وطئت المأذونة بشبهته لم يقض دين التجارة من الأرش والمهر، ولو مات المأذون وعليه ديون مؤجلة حلت. ذكره القاضي الحسين.

لو أذن له أحد سيديه في التجارة قال ابن سُرَيْجٍ في «روضته»: فأقر بدين

وَلَا يَمْلِكُ الْعَبْدُ بِتَمْلِيكِ سَيِّدِهِ فِي الْأَظْهَرِ].

لزمه فيما في يده من حصة الإذن فقط، وفي «زوائد روضة المصنف» أنه لو أذن له أحد المالكين لم يصح حتى يأذن الآخر، انتهى.

قال: (**وَلَا يَمْلِكُ الْعَبْدُ بِتَمْلِيكِ سَيِّدِهِ فِي الْأَظْهَرِ**) لقوله تعالى: ﴿ضَرَبَ ٱللَّهُ مَثَلًا عَبْدًا مَّمْلُوكًا لَّا يَقْدِرُ عَلَىٰ شَيْءٍ﴾ [النحل: ٧٥] وكما لا يملك بالإرث، ولأنه مملوك فأشبه البهيمة هذا هو الجديد.

والثاني: وهو القديم يملك، لحديث «**من باع عبدًا وله مال**»(١) أضاف إليه المال لكنه ملك ضعيف للمولى انتزاعه منه، واحترز المصنف بقوله سيده عما لو ملكه أجنبي شيئًا فقد قال جماعة وتبعهم الرَّافِعِي والمصنف في مواضع: لا يملك بلا خلاف وليس كذلك بل أجرى القاضيان الْمَاوَرْدِي والحسين وغيرهما الخلاف في تمليك الأجنبي له.

وقد ذكر الشيخان وغيرهما أنه لو اشترى واقترض فهلك يقع الملك للسيد أو له؟ وجهان، وبالله الإعانة والتوفيق.

---

(١) أخرجه الشَّافِعِي في «مسنده» (١٠٨٦)، والنسائي في «الكبرى» (٣/ ١٨٩).

كِتَابُ السَّلَمِ

قال المصنف: [هُوَ بَيْعُ مَوْصُوفٍ فِي الذِّمَّةِ يُشْتَرَطُ لَهُ مَعَ شُرُوطِ الْبَيْعِ أُمُورٌ:
أَحَدُهَا: تَسْلِيمُ رَأْسِ الْمَالِ فِي الْمَجْلِسِ ....

قال الشارح: السَّلَم والسلف بمعنى وسمي سَلَمًا لتسليم رأس المال في المجلس، وسلمًا لتقديمه وأصل الباب الكتاب والسنّة، قيل: والإجماع أما الكتاب فآية الدين.

قال ابن عباس - رضي الله عنهما -: المراد به السلم، وأما السنّة: ففي الصحيحين من حديثه أنه ﷺ **«قدم المدينة وهم يسلفون في الثمار السنتين والثلاث فقال: من أسلف فلْيَسْلِف في كيل معلوم، ووزن معلوم، إلى أجل معلوم»**[1]. وأما الإجماع فأشار إليه في «الأم» بقوله: إنه جائز في والسنة والآثار وما لا يختلف فيه أهل العلم علمه.

وقال الدَّارِمِي: يجوز السلم، وقال قوم: لا يجوز وهذه العبارة تقال غالبًا عمن لا يعتد بخلافه.

(**هُوَ بَيْعُ مَوْصُوفٍ فِي الذِّمَّةِ**) أي: بعوض آخر مع أن بعض مسائل الربا والإجارة وبيع الموصوف في الذمة تدخل في هذا التعريف، فالعبارة الحاضرة أن يقال: بيع موصوف في الذمة بصيغة أسلمتُ أو أسلمتَ أو بصيغة مخصوصة.

قال: (**يُشْتَرَطُ لَهُ مَعَ شُرُوطِ الْبَيْعِ أُمُورٌ**) قيل: يستثنى سلم الأعمى، فإنه يصح دون بيعه واشتراه الأعيان البيع وإلا لَو رد رؤية المسلم فيه والصيغة وغيرهما.

قال: (**أَحَدُهَا تَسْلِيمُ رَأْسِ الْمَالِ فِي الْمَجْلِس**)؛ لأنه إن كان دينًا ولم يسلمه في المجلس كان بيع دين بدين، وإن كان عينًا فتجب عجلة لأن الغرر احتمل في المسلم فيه للحاجة فجبر ذلك تأكيد تعجيل العوض تعليلًا للغرر ما

---

(١) أخرجه البخاري (٢٢٤٠) ومسلم (٤٢٠٢).

فَلَوْ أُطْلِقَ ثُمَّ عَيَّنَ وَسَلَّمَ فِي الْمَجْلِسِ جَازَ.

وَلَوْ أَحَالَ بِهِ وَقَبَضَهُ الْمُحَالُ فِي الْمَجْلِسِ فَلَا.

أمكن، ولدلالة اسم السلف والسلم عليه، فلو تفرقا قبله بطل.

أو بعد تسليم بعضه فأوجه:

أحدها: يبطل في الجميع.

وثانيها: وهو الأصح فيما قبض مقابلة فقط، وينفسخ في الباقي، وعن الْبُوَيْطِي نقلهما قولين: للشافعي في موضعين.

وثالثها: يبطل فيما لم يقبض، وفي الباقي قولًا تفريق الصفقة.

قال القاضي الحسين: وهو من تفريقها في الابتداء، وقال الرَّافِعِي: في الدوام.

وقال الإمام: هو رتبة ثالثة بينهما ولا ينوب تسليم المسلم فيه في المجلس عن تسليم رأس المال فيه على الأصح، وهو قضية كلام المصنف، ولو تخايرا في المجلس ثم أقبضه رأس المال فيه فسد على الصحيح؛ لأنه يفرق حكمًا كما سبق في الصرف، ولو قبضه في المجلس ثم وفاه إياه عن حينه ثم تفرقا صح على الأصح وسنوضحه.

قال: **(فَلَوْ أُطْلِقَ)** بأن قال: أسلمت إليك دينارًا في كذا.

(ثُمَّ عَيَّنَ وَسَلَّمَ فِي الْمَجْلِسِ جَاز)؛ لأن المجلس حريم العقد فله حكمة.

فقال: **(وَلَوْ أَحَالَ بِهِ)** أي: أحال المسلم برأس المال.

(وَقَبَضَهُ الْمُحَالُ فِي الْمَجْلِسِ فَلَا) أي: على الصحيح، وإن قلنا الحوالة استيفاء؛ لأنه غير حقيقي والمحال عليه يؤدي عن نفسه لا عن المسلم.

قال الرَّافِعِي: فإن قبضه المسلم وسلمه إلى المسلم إليه في المجلس جاز أي: لفساد الحوالة. قال: ولو قال المحال عليه سمه ففعل لم يكف لصحة السلم؛ لأن الإنسان لا يصير في إزالة ملكه وكيلًا لغيره؛ ولكن يجعل المسلم إليه وكيلًا عن السلم في القبض، ثم السلم يقتضي قبضًا فلا يمكنه أن يقبض من نفسه.

وَلَوْ قَبَضَهُ وَأُودَعَهُ الْمُسْلِمُ جَازَ، ....

قلت: كونه لا يكفي لصحة السلم واضح؛ لكن في «فتاوى الْقَفَّال» أنه لو كان عليه عشرة، فقال: أسلمها إلى زيد كُرٍّ حنطة ففعل؛ جاز، كما لو دفع إليه العشرة وأمره بتسليمها إليه ولو قال: رب الدين أسلم تلك العشرة إلى من شئت في كبر حنطة؛ جاز عندنا خلافًا لأبي حنيفة، انتهى.

والقول: بأنه لا يصير وكيلًا في إزالة ملكه يقتضي أنه لو ادَّعى الإقباض لم يصدق. وقالوا في المستأجر: يؤذن له في العمارة بالأجرة فيدعها أن القول قوله فيحتاج إلى الفرق والقول بأن المسلم إليه يصير وكيلًا عن المسلم فيه نظر؛ لأنه لم يوكله في القبض، وإنما وكل ذلك في الدفع وفي «الحاوي» أنه لو وكله في شراء سلعة معينة وصفها بثمن من دينه عليها فاشتراها له ووزن ثمنها مما له عليه صح، ويرى الوكيل من ذلك للقدر فإن تلفت السلعة تلفت من مال الموكل وفيما ذكره نزاع ربما يأتي في الوكالة.

قال: (**وَلَوْ قَبَضَهُ**) أي: قبض المسلم إليه برأس المال.

(**وَأُودَعَهُ الْمُسْلِمُ**) أي: قبل التفرق.

(**جَازَ**) إذ الوديعة لا تستدعي لزوم الملك، قالا: ولو رده عليه بدين كان له عليه. قال أبو العباس الرُّويَانِي: لا يصح؛ لأنه تصرف قبل التزام الملك، ويستأنف إقباضه للدين.

قلت: أما قوله: إن دفعه عن دينه لا يصح فسبق أن أحد المتصارفين إذا اقترض من الآخر ما قبضه ورده إليه عما بقي عليه أن الأصح المنصوص الصحة فهنا أولى، والظاهر أن هذا رأي من يمنع بيع المبيع بعد قبضه في زمن الخيار من البائع، والأصح خلافه كما سبق.

وأما قولهما: فعن بعض الأصحاب إلى آخره يفهم أن في صحة السلم خلاف وهو بعيد، ثم رأيت في فتاوى القاضي أنه لو اقترض المسلم رأس المال، أو قضاه إياه من دينه قبل انقضاء الخيار فالمذهب أن العقد يبطل وعلله بما سبق زاد الْبَغَوِي.

وَيَجُوزُ كَوْنُهُ مَنْفَعَةً، وَتُقْبَضُ بِقَبْضِ الْعَيْنِ.

وَإِذَا فُسِخَ السَّلَمُ وَرَأْسُ الْمَالِ بَاقٍ اسْتَرَدَّهُ بِعَيْنِهِ، وَقِيلَ: لَلْمُسْلَمِ إِلَيْهِ رَدُّ بَدَلِهِ إِنْ عَيَّنَ فِي الْمَجْلِسِ دُونَ الْعَقْدِ، ....

قلت: الصحيح أنه يصح لأن تصرف المشتري في زمن الخيار بإذن البائع إلزام العقد، انتهى.

وهو كما قال وقد وافقاه على ذلك، قيل: فاعلم.

قال: (**وَيَجُوزُ كَوْنُهُ**) أي: كون رأس المال.

(**مَنْفَعَةً**) كما يجوز جعلها ثمنًا وأجرةً.

قال: (**وَيُقْبَضُ بِقَبْضِ الْعَيْنِ**) أي: سواء كانت العين حيوانًا أم عقارًا أم غيرهما؛ لأنه الممكن فيه.

قال الرُّويَانِي: ولو جعل رأس المال تعليمه قرآنًا معلومًا حصل القبض بأن يسلم نفسه وفيه إشكال؛ لأنه لا يدخل تحت يد بخلاف العبد والبهيمة، نعم إن تلازما إلى فراغ التعليم فقريب، وزعم شارح أن القاضي الحسين منع ذلك في «فتاويه» والذي رأيته فيها أنه لا يصح السلم في المنافع، نعم يأتي في جواز جعل المنافع رأس مال خلاف، فإنه لو جعل رأس المال مالًا يضبط بالصفة كالجوهر.

قال الجمهور: فيه قولان الإتيان إن اكتفينا بالرؤية جاز، وإلا فلا، وجعلوا كل ما لا يجوز السلم فيه على القولين.

وقال الإمام: ليس ذلك على الإطلاق بل «الدرة اليتيمة» إذا عرفا قدرها وبالغًا في صفتها وجب أن يجوز جعلها رأس مال لأنه لا معنى لاشتراط عموم الوجود فيه، ورأى بين قبل إطلاق الأولين على هذا، ومنع السلم فيها لغرة الوجود.

قال: (**وَإِذَا فُسِخَ السَّلَمُ وَرَأْسُ الْمَالِ بَاقٍ**) أي: لم يتعلق به حق الغير.

(**اسْتَرَدَّهُ بِعَيْنِهِ**) أي: وليس له إبداله إن عين في العقد كالمبيع المعين، وكذا إن أطلق وعين في المجلس على الأصح لأنه بمثابة المعين في العقد.

(**وَقِيلَ: لَلْمُسْلَمِ إِلَيْهِ رَدُّ بَدَلِهِ إِنْ عَيَّنَ فِي الْمَجْلِسِ دُونَ الْعَقْدِ**) لأن العقد لم يتناول عينه واحترز بقوله: عما تلف حسًّا أو حكمًا فإنه يردّ قيمة المتقوم،

وَرُؤْيَةُ رَأْسِ الْمَالِ تَكْفِي عَنْ مَعْرِفَةِ قَدْرِهِ فِي الْأَظْهَرِ.

الثَّانِي كَوْنُ الْمُسْلَمِ فِيهِ دَيْنًا فَلَوْ قَالَ: أَسْلَمْت إلَيْك هَذَا الثَّوْبَ فِي هَذَا الْعَبْدِ فَلَيْسَ بِسَلَمٍ وَلَا يَنْعَقِدُ بَيْعًا فِي الْأَظْهَرِ. وَلَوْ قَالَ: اشْتَرَيْت مِنْك ثَوْبًا صِفَتُهُ كَذَا بِهَذِهِ الدَّرَاهِمِ، ....

ومثل المثل، وخص الْمُتَوَلِّي الوجهين بالمثل وجزم بتعين رد المتقوم.

قال: **(وَرُؤْيَةُ رَأْسِ الْمَالِ)** أي: المعين.

(تَكْفِي عَنْ مَعْرِفَةِ قَدْرِهِ فِي الْأَظْهَرِ) كثمن المبيع المعين.

و**(الثَّانِي)**: لا يكفي بل يجب ذكر قدره وصفته إذ قد ينقطع ويعدم رأس المال، فلا يدرى، ثم يرجع وسواء كان السلم حالًّا أم مؤجلًا على المذهب.

وقيل: **(كَوْنُ الْمُسْلَمِ فِيهِ دَيْنًا)** قطعًا، وقيل: لا يكفي في المؤجل قطعًا، وقد أطلق ذكر القولين وقال: في المجلس هل يكفي معاينة المثلي أم لا بد من ذكر صفته وقدره؟

قولان: وأما المتقوم إذا ضبطت صفاته بالمعاينة ففي اشتراط معرفته طريقان المذهب لا، وقيل: على القولين، وأما إذا كان رأس المال في الذمة فلا بدَّ من معرفة قدره وذكرصفته إن كان عرضًا، وإن أطلق وهو نقد فعلى ما سبق في الثمن.

فرع: اختلفا في قدر رأس المال بعد فسخ أو انفساخ ولا بينة صدق المسلم إليه فيه بيمينه لأنه غارم، قال: الثاني كون المسلم فيه دينًا لأنه حقيقة في حقيقة السلم.

قال: **(فَلَوْ قَالَ: أَسْلَمْت إلَيْك هَذَا الثَّوْبَ فِي هَذَا الْعَبْدِ)** أي: مثلًا.

(فَلَيْسَ بِسَلَمٍ) أي: بلا خلاف لانتفاء شرطه وهو الدينية.

قال: **(وَلَا يَنْعَقِدُ بَيْعًا فِي الْأَظْهَرِ)** أي: لاختلاف اللفظ، إذ السلم قضيته الدينية فإضافته إلى العين مناقض، والثاني: ينعقد بيعًا نظر إلى المعنى.

قال: **(وَلَوْ قَالَ: اشْتَرَيْت مِنْك ثَوْبًا صِفَتُهُ كَذَا بِهَذِهِ الدَّرَاهِمِ)** أي: أو بمائة درهم.

فَقَالَ: بِعْتُكَ انْعَقَدَ بَيْعًا وَقِيلَ: سَلَمًا.

(فَقَالَ: بِعْتُكَ) في ذمتي.

(انْعَقَدَ بَيْعًا) صححه الْبَغَوِي وغيره اعتبارًا باللفظ.

(وَقِيلَ سَلَمًا): صححه العراقيون والروياني والجرجاني، وعليه يدل النص في باب الخيار في السلف من «الأم» ونقله الجويني عن نص «الإملاء» وهو المذهب والمختار نظر إلى المعنى واللفظ لا يعارضه؛ إذ كل سلم بيع كما أن كل صرف بيع، فإطلاق البيع على السلم إطلاق ما يناوله.

وكلام الرَّافِعِي في الإجارة ظاهر في ترجيحه وفي الإجارة على الذمة مثل هذا الخلاف راعى بعضهم اللفظ كما قال: به هنا، ورجح العراقيون، والشيخ أبو علي مراعاة المعنى، ووافقهم الْبَغَوِي وأورد عليه مخالفته هنا، وأجيب عنه بكثرة الغرر في الإجارة ولا مقنع فيه.

وكذلك قال الرَّافِعِي: إن ما صار إليه الْبَغَوِي في الإجارة لا يلائم ما صار إليه في السلم التفريع إن جعلنا بيعًا لم يجب تسليم الثمن المعين في المجلس وثبت فيه خيار المجلس، وهل يجوز الاعتياض عن الثوب؟ فيه قولان كالثمن، وقيل: لا قطعًا، وإن جعلنا سلمًا وجب تسليم رأس المال في المجلس، ولم يثبت خيار الشرط، ولا يجوز الاعتياض عن الثوب.

تنبيهات: أحدها: تصويره المسألة بينة على فائدتين:

إحداهما: قوله لهذه الدراهم أشار إلى كونها معينة، فلو أطلق كاشتريت منك ثوبًا صفته كذا في ذمتك بعشرة دراهم في ذمتي.

قال: الرَّافِعِي إن جعلنا سلمًا وجب تعيين الدراهم وتسليمها في المجلس أو بيعنا لم يجب وبيعه في «الروضة» ويجب حمل كلًا منها على أنه لا يجب التسليم، أما التعيين، فلا بدَّ منه، وإلا لصار بيع دين بدين وهو باطل إجماعًا وممن نبه عليه المحاملي والفارقي وغيرهما.

الثانية: إيراد الشراء على الموصوف وجعله الثمن دراهم وإدخاله الياء عليه، فلو قال: اشتريت هذا العبد بثوب صفته، كذا نص في «الإملاء» على أنه

الثَّالِثُ: الْمَذْهَبُ أَنَّهُ إِذَا أَسْلَمَ بِمَوْضِعٍ لَا يَصْلُحُ لِلتَّسْلِيمِ، أَو يَصْلُحُ وَلِحَمْلِهِ مُؤْنَةٌ اُشْتُرِطَ بَيَانُ مَحَلِّ التَّسْلِيمِ وَإِلَّا فَلَا.

لا يصح حتى يقبض العبد؛ لأنه سلم ومنه نسبوا فيما سبق إليه أنه سلم، ويظهر في هذه الصورة الجزم بأنه بيع؛ لكن القاضي الحسين خرجه على أن الثمن ما كان إن قلنا: ما اتصلت الباء كان بيعًا، وإن قلنا: الثمن النقد كان سلمًا وحينئذٍ ليس لنا بيع متفق عليه لفظًا ومعنى إلا إذا باع عينًا بنقد الثاني، إذا قلنا: لا ينعقد سلمًا ولفظ السلم أو السلف من شرائط التسلم، وكان الأحسن أن يصرح به المصنف مع ما ذكره من شروطه التي يمتاز بها عن البيع.

وعبارة «المحرر» أسلم حيث قال: ويشترط في السلم وراء ما يشترط في البيع أمور منها ومنها الثالث زعم شارح عقب قول المصنف، وقيل: سلمًا أنه إذا قال: بعد قوله بعتك اشتريت سلمًا كان سلمًا جزمًا قاله الرَّافِعِي في تفريق الصفقة انتهى.

وقرأت تفريق الصفقة من كتاب الرَّافِعِي مرات فلم أر ما ذكره فيه.

قال: (**الثَّالِثُ: الْمَذْهَبُ أَنَّهُ إِذَا أَسْلَمَ بِمَوْضِعٍ لَا يَصْلُحُ لِلتَّسْلِيمِ، أَو يَصْلُحُ وَلِحَمْلِهِ مُؤْنَةٌ اُشْتُرِطَ بَيَانُ مَحَلِّ التَّسْلِيمِ**) أي: بفتح الحاء وهو مكانه إذا كان مؤجلًا.

(**وَإِلَّا فَلَا**)؛ لأنه إذا كان الموضع صالحًا، ولا مؤنة للحمل اقتضى العرف التسليم فيه. وإذا لم يكن كذلك تفاوتت الأعراض باختلاف الأمكنة فاشترط التعيين هذا ما به الفتوى من سبع طرق.

وقيل قولان: مطلقًا، وقيل: إن عقد بموضع لا يصلح اشترط وإلا فلا.

وقيل: إن كان لجملة مؤنه اشترط وإلا فلا.

وقيل: إن لم يصلح اشتراط وإلا فقولان.

وقيل: إن لم يكن لحمله مؤنة لم يشترط وإلا فقولان.

وقيل: إن كان له مؤنة اشترط وإلا فقولان وصححه الإمام، وقال والده في «السلسلة» بعد ذكره هذا وقد سلك أصحابنا في هذه المسألة طرقًا،

....

وأوضحها هذه الطريقة، وأصحها وبنى القولين فيها على القولين فيما إذا أحضر المسلم فيه قبل محله، ولا غرض للمسلم في الامتناع من قبضه.

وفي المسألة طريق ثامن إن لم يصلح الموضع وجب بيانه وإلا فأوجه: ثالثها: إن كان لحمله مؤنة وجب وإلا فلا، هذا في السلم المؤجل، وأما الحال فلا يشترط فيه بيان محل التسليم ويتعين موضع العقد للتسليم كالبيع؛ لكن لو عين غيره جاز بخلاف البيع.

قال الْبَغَوِي: ولا يعني بمكان العقد ذلك الموضع بعينه بل تلك المحلة.

قلت: وهذا قريب في المحلة الصغيرة أما لو عظمت بمجال الأمصار والعظام، ففيه نظر!.

قال الْمُتَوَلِّي: في الثمن، والأجرة، والصداق وعوض الخلع، والكتابة، ومال الصلح عن الدم، وكل عوض ملتزم في الذمة حكمه حكم السليم الحال إن عين للتسليم مكانًا فدال وإلا فعين موضع العقد والثمن المعين كالمبيع المعين.

إشارات: **إحداها**: عبارة المحرر ولا حاجة إلى تعيين إذا كان الموضع صالحًا ولم يكن للحمل مؤنة وما في «المنهاج» هو المعروف وعبارة «تهذيب المحرر» للواسطي.

ومنها: تعين موضع التسليم إن جرى العقد بحيث لا يصلح له، أو كان لحمله مؤنة وإلا فموضع العقد ونحوها عبارة فتاوى المحرر، والظاهر أن وقع في نسخ المحرر تعيين واختلاف وإطلاق كثيرين يقتضي أنه لا فرق بين الحال والمؤجل إذا لم يكن مواضع صالحات اشترط التعيين.

الثانية: لو عين موضعًا فجرت لا يصلح فقيل: يتعين، وقيل: لا وللمسلم الخيار، وقيل: يتعين أقرب موضع صالح.

فإن قلت: لم يشترط التعيين في الحال إذا لم يكن الموضع صالحًا.

قلت: الظاهر من كلامهم أنه إذا لم يكن الموضع صالحًا يصح العقد؛ إذ من شرط الصحة القدرة على التسليم عند المحل، وهو حال وإلى هذا يرشد كلام

وَيَصِحُّ حَالًّا وَمُؤَجَّلًا فَإِنْ أَطْلَقَ انْعَقَدَ حَالًّا، وَقِيلَ لَا يَنْعَقِدُ.
وَيُشْتَرَطُ الْعِلْمُ بِالْأَجَلِ.

الْمَاوَرْدِي وغيره، وفيه نظر لأنه لو كان الموضع صالحًا أو عين غيره جاز.

فيجوز أن يكون شرط الصحة هنا التعيين كما اقتضاه كلام جماعة؛ لأنه غير منافٍ، نعم قد يتوقف فيما إذا كان الموضع صالحًا بشرط التسليم في غيره ولا سيما في الحال؛ لأنه خلاف قضية العقد وليس كالأجل فيما يظهر.

الثالثة: لو قال: عليَّ أن أتسلمه في أي البلاد شئت فَسَدَ، أو في أي موضع شئت من بلد كذا، فإن اتسع لتعداد لم يجز وإلا جاز، فلو قال: ببلد كذا أو بلد كذا، فهل يفسد أو يحمل على التصنيف؟ وجهان.

قال الشَّاشِي: أصحهما الأول، ولو قال: في بلد كذا لزمه في أولها ولا يكلف نقله إلى منزله، ولو قال بـ«البصرة» أو«بغداد» فسد.

قال: (**وَيَصِحُّ حَالًّا وَمُؤَجَّلًا**) أما المؤجل فلما سبق أول الباب، وأما الحال فخالف فيه الأئمة الثلاثة لنا أن الحال أجود ومن الغرر أبعد، ولا يرد الكتابة لعجز العبد عن الحال في الحال وإنما يجوز حالًا إذا كان المسلم فيه موجودًا عند العقد.

قال: (**فَإِنْ أَطْلَقَ**) ولم يذكر حلولًا ولا تأجيلًا كالثمن في البيع المطلق والأجرة، وهذا نص ما عليه في «الأم».

(**انْعَقَدَ حَالًّا، وَقِيلَ لَا يَنْعَقِدُ**)؛ لأن العرف فيه التأجيل، وحكيا قولان.

وبنى الْمَاوَرْدِي الخلاف على أن الأصل في التسليم التأجيل أو الحلول، أو هما أصل وجوه، ولو شرط المطالبة متى شاء فحال، ويطالب في أول أوقات الإمكان، ولو مشى متى شاء من ليل أو نهار فهل هو كذلك أو يبطل؟ وجهان في «الحاوي».

قال: (**وَيُشْتَرَطُ الْعِلْمُ بِالْأَجَلِ**) أي: عند التأجيل بأن يكون معلومًا مضبوطًا، وأن يعلمه المتعاقدان فلا يصح تأقيته بالميسرة ولا بالحصاد والدباس والبيدر وقدوم الحاج لقوله تعالى: ﴿إِلَىٰٓ أَجَلٍ﴾ [الحج: ٥]، وللحديث السابق

فَإِنْ عَيَّنَ شُهُورَ الْعَرَبِ أَو الْفُرْسِ أَو الرُّومِ جَازَ.

«إلى أجل معلوم»، وبالقياس على وقوع المطر وقدوم زيد ونحوهما.

وجوز ابن خزيمة التأجيل إلى الميسرة وليس بوجه لنا، وفي جواز تأجيل الضمان بالميسرة والحصاد والدباس قولان: نقلهما الْمَاوَرْدِي عن ابن سُرَيْجٍ.

قال: **(فَإِنْ عَيَّنَ شُهُورَ الْعَرَبِ أَو الْفُرْسِ أَو الرُّومِ جَازَ)** لأنها معلومة مضبوطة، أما شهور العرب فبالإجماع.

قال الْمَاوَرْدِي والفوراني: يشترط أن يعرفها المتعاقدان، وإلا لم يصح، وأما شهور الفرس والروم فإن جهلها أحدهما لم يصح، وإن علماها فالمشهور الجواز لما ذكرنا، وعن البصريين المنع، وجعله الْمَاوَرْدِي كالخلاف في الفصح ونحوه، ولما تكلم الرَّافِعِي في التأجيل بِالْفِصْحِ والنيروز.

قال: إن عرفها المتعاقدان دون غيرهما كفى في الأصح.

وقيل: لا بدَّ من معرفة عدلين سواهما، ولو عرفها الناس دون المتعاقدين كفى عند الأكثرين، وفيه نظر!

والذي ذكره الْمَاوَرْدِي والفوراني أنه إن لم يكن معلومًا لهما لم يجز، وإن كان معلومًا لهما فالأصح الجواز وهذا الوجه، وفرق الرَّافِعِي بين هذا وبين ما رجحه في معرفة الصفات بأن الجهالة هنا راجعة إلى الأجل، فاحتمل فيها ما لا يحتمل في الأوصاف ولا سكون إلى هذا الفرق.

ثم رأيت المصنف قال في «التنقيح»: وصورة المسألة أن يكون المتعاقدان عالمين بيوم النيروز والمهرجان، وهل يشترط مع علمهما معرفة عدلين من المسلمين؟

وجهان في «التهذيب» و«التتمة»، ثم لما تكلم بعد هذا على فصح النصارى قال: قال الإمام الرَّافِعِي: ثم اعتبر معتبرون فيها معرفة المتعاقد والأكثرون اكتفوا بمعرفة الناس، هذا ما ذكر الرَّافِعِي، وقطع في «البيان» بأنه إذا لم يكن معروفًا عند المتعاقدين لم يصح، وإن عرفاه صح، انتهى.

وأنكر على صاحب «المهذب» إطلاقه القول بالسلم إلى النيروز

وَإِنْ أَطْلَقَ حُمِلَ عَلَى الْهِلَالِيِّ، ....

والمهرجان، قال: والمراد به إذا كان العاقدان عالمين بوقتهما، فإن لم يعلما لم يصح، جزم به صاحب «الحاوي» وصاحب «البيان» وذكر نحوه عن «التتمة» و«التهذيب» مع نقل وجه في اعتبار علم غيرهما معهما.

وقال: إنه جاز مع صاحب «الحاوي» في التأجيل شهور الفرس والروم، والمشهور القطع بجواز التأجيل بها، وشرطه علم المتعاقدين كما علم، هذا لفظه في قطعة مفرقة بخطه من شرحه «المهذب»، ومن خطه نقلته.

والصحيح اعتبار علمهما ولا معنى بخلافه.

قال: (**وَإِنْ أَطْلَقَ**) أي: الشهر.

(**حُمِلَ عَلَى الْهِلَالِيِّ**) وهو ما بين الهلالين؛ لأنه عرف الشرع، وكذا إذا أطلق السنة حمل على الهلالية، قاله المحرر وغيره، ورأيت في «روضة» شُرَيْح الرُّويَانِي أنه إذا أطلق عقد الإيجارة سنة ولم يذكر الهلال أو العدد فثلاثة أوجه حكاها جدي:

أحدها: لا يصح العقد.

والثاني: يصح وينصرف إلى الهلالي.

والثالث: ينصرف إلى العددي. قال شُرَيْح: وعندي أنه إن كان عرف الناس في ذلك البلد الهلالي انصرف إليه، أو العددي انصرف إليه، وإن جرى العرف بهما انصرف إلى الأغلب، وإن استويا لم تصح الإجارة، انتهى.

والأوجه جارية هاهنا وكنت أقول حمل إطلاق الشهر على الهلال ظاهر في بلاد العرب، وكذا غيرها إذا غلب تأجلهم بشهور العرب، أما لو كان ببلاد الروم والفرس وغيرهما ممن الغالب عندهم التوقيت بشهورهم فيجب تنزيل إطلاقهم على عرفهم، فإن استوى الأمران من غير غلبة فلا بدَّ من التعيين، فلما رأيت كلام شُرَيْح سررت به وهو حسن ظاهر.

فروع: إن قيدنا السنة الفارسية أو الرومية أو الشمسية أو العددية يقيد، والعدد به ثلاثمائة وستون يومًا، قاله الرَّافِعِي ولم يفسرها الفقهاء، الشمسية:

....

وهي ثلاثمائة وخمسة وستون يومًا وربع يوم، أولها الحمل وربما يجعل أولها النيروز، وأول الهلالية المحرم.

ثانيها: إذا قال: أول يوم كذا أو إلى شهر كذا أو سنة كذا؛ حد بأول حر، أو في يوم كذا أو شهر كذا أو في سنة كذا؛ لم يصح على الأصح، وقد شهد الصحة قوله في «الأم»: ولو أسلفه مائة درهم في كل من طعام يؤقته إياه في شهر كذا، فإن لم يتيسر كله ففي شهر كذا كان غير جائز؛ لأن هذان أجلان لا أجل واحد، انتهى.

وظاهره يقتضي أنه لو اقتصر على قوله: في شهر كذا صح، وإنما جاء الفساد فإن لم يسر، وفي وجه ثالث يصح في اليوم فقط لقرب ما بين طرفيه، في فتاوى القاضي الحسين أنه لو باعه بشرط أن يؤدي جميع الثمن في ثلاثة أيام؛ جاز وفيه نظر، وقد يرده قوله في «الأم»: فإن قال: أو قبله فيما بين إن دفعت إلى منتهى رأس الشهر كان هذا أجلًا غير محدود، انتهى.

ثالثها: لو قال: إلى أول شهر كذا أو إلى آخره، قال الرَّافِعِي: فعن عامة الأصحاب بطلانه؛ لأن اسم الأول والآخر يقع على جميع التصرف فهو مجهول.

وقال الإمام والْبَغَوِي: وجب أن يصح ويحمل على الجزء الأول.

قال الإمام: وإذا لم يكن لصاحب المذهب نص ورجع الكلام إلى معاني الألفاظ اتسع المقال وارتفع الحرج، ولست أرى مثل هذا مخالفة في المذهب فإن المحذور خلاف نص المذهب.

قلت: وما أبداه الإمام والبغوي تفقهًا هو المذهب الذي نص عليه الشَّافِعِي رضي الله عنه في «الْبُوَيْطِي» فإنه قال: ويسمي أول الشهر أو كذا وكذا يومًا يمضي من الشهر، وكذا قال الشيخ أبو حامد: وسوى بين إلى شهر كذا أو إلى غرته وإلى هلاله وإلى أوله وهو الجواب في «البيان» بلا عزو، وكذلك الْمَاوَرْدِي وسوى بين الشهر وأوله وغرته؛ بل جعل الأول والغرة أصلًا ونسبة الشهر بهما وبه يشعر قوله في «الأم»، ولو قال: أو قبله في شهر كذا أو أوله أو

....

آخره لا يسمى أجلًا واحدًا فلا يصلح حتى يكون أجلًا واحدًا، انتهى.

واعلم أن ما ذكره الإمام من الأصحاب وتبعاه عليه ذكره هو في الأول والآخر، وذكره القاضي الحسين والفوراني والبغوي عن الأصحاب في الآخر فقط، وفي «الكافي» لو قال: آخر الشهر لم يصح على الأصح حتى يتبين؛ لأنه يقع على جميع النصف الأخير، انتهى.

ولم أره بعد التغيب إلا في طريقتهم فقط وهو غريب، وأحسن الجيلي حيث جزم بما نقلته عن الشيخ أبي حامد، وإنكار ابن الرِّفْعَة عليه في «الكفاية» غلط، وقد وافق الْمُتَوَلِّي من المراوزة على أنه لو قال: إلى غرة شهر كذا أنه يصح، كما لو قال: إلى انسلاخه، ولم يذكر قوله: إلى أوله، وذكر قوله إلى آخره تبعًا لشيخه القاضي والفوراني.

وكلامه يوميء إلى أن ما ذكره من الفساد مخصوص بالأجر.

وقال ابن يونس في شرح «الوجيز»: قال جدي يتجه البطلان في قوله: إلى آخر الشهر، والحمل على أول جزء من قوله: إلى أول الشهر، انتهى .

وهو يوافق كلام «التتمة» وما قدمناه عن «الأم» يشعر بالصحة في قوله: إلى آخر الشهر، ونص على أنه لو قال: إلى انسلاخ شهر رمضان جاز، وأنه لو قال: إلى عقب شهر كذا كان مجهولًا فاسدًا، انتهى .

وقال في «الشامل» وإذا قال: محله في يوم كذا وكذا، أو في شهر كذا وكذا، أو سنة كذا لم يجز حتى يتبين أول ذلك أو آخره.

وقد نص الشَّافِعِي على ذلك في كتاب «المكاتب» فقال: ولو كاتبه إلى عشر سنين على على أن يؤدي في كل سنة كذا لم يجز حتى يتبين أولها أو آخرها، انتهى.

وعَقِب الشهر بفتح العين وكسر القاف إذا بقيت منه بقية، وبضم العين وإسكان القاف آخره فالنص محمول على الأولى والفساد فيها ظاهر، وكذلك في الثانية عند من لا يرى التأجيل بالآخر، والمختار فيه الصحة كما سبق في

فَإِنْ انْكَسَرَ شَهْرٌ حَسِبَ الْبَاقِيَ بِالْأَهِلَّةِ، وَتُمِّمَ الْأَوَّلُ ثَلَاثِينَ، ....

الأولى ولا يضر جهالة نقص الشهر وتمامه، نعم ينبغي أن يكونا عالمين بأن عُقْب الشهر بضم العين وإسكان القاف آخره، فإن أكثر الناس يجهل ذلك.

قال: (**فَإِنْ انْكَسَرَ شَهْرٌ حَسِبَ الْبَاقِيَ بِالْأَهِلَّةِ وَتُمِّمَ الْأَوَّلُ ثَلَاثِينَ**) لأنه لما بعد واعتبار الهلال في المنكسر رجعنا إلى العدد، وقيل: إذا انكسر الأول انكسر الجميع، والصحيح الأول، وضرب الإمام مثلًا للتأجيل بثلاثة أشهر مع الانكسار.

فقال: عقدا وقد بقي من صفر لحظة ونقص الربيعان وجمادي فيحسب الربيعان بالأهلة، وتضم جمادي إلى لحظة من صَفَر، ويحمل جمادي الآخر بيوم إلا لحظة.

قال: وكنت أود أن نكتفي في هذه الصورة بالأشهر العربية فإنها جرت عربية كوامل.

قال الرَّافِعِي: وما يتمناه هو الذي نقله الْمُتَوَلِّي وغيره وقطعوا بالحلول بانسلاخ جمادي فيما ذكره، وأن العدد بما يراعى إذا جرى العقد في غير اليوم الآخر وهو الصواب، انتهى.

وكلام جماعة يقتضي المنازعة فيه هذا، قال القاضي الحسين: إذا أجل شهر واحد ينكسر الشهر فيه بكل حال العقد بتقدمه يجز أو يتأخر لا محالة، انتهى.

وهو ظاهر أنه لا فرق بين اليوم وما دونه كما فهمه الإمام فحصل وجهان، ويحمل قول: الرَّافِعِي قطعوا على الْمُتَوَلِّي وغيره لا على كل الأصحاب، وقوله: بانسلاخ جمادي في الصورة المذكورة بمعنى: إذا كان ناقصًا، وإن كان تامًّا لم يتوقف على انسلاخه؛ بل إكمال ثلاثة حتى لو عقدا بوقت الزوال من آخر صفر حل بزوال الشمس اليوم الأخير من جمادي الكامل وصرح به الْمُتَوَلِّي.

وكلام الكتاب يقترب من نقل الإمام لا التصويب المذكور.

ويحتمل أن ينزل التصويب، وعبارة المحرر ولو أسلم إلى شهور وقد بقي

وَالْأَصَحُّ صِحَّةُ تَأْجِيلِهِ بِالْعِيدِ وَجُمَادَى، وَيُحْمَلُ عَلَى الْأَوَّلِ].

من الشهر الهلالي أيام فتعد تلك الأيام المسلمة وهي سالمة مما أفهمته عبارة الكتاب.

قال: (**وَالْأَصَحُّ صِحَّةُ تَأْجِيلِهِ بِالْعِيدِ وَجُمَادَى، وَيُحْمَلُ عَلَى الْأَوَّلِ**) لتحقق الاسم به، والثاني لا؛ بل يفسد لتردده بينهما، والمذهب الأول وهو دال الصحة التأجيل بأول الشهر، ويجري الوجهان في التوقيت بنفر الحجيج وشهر ربيع، فلو قال: بعد رمضان إلى العيد حمل على عيد النحر لا محالة، فإذا وقتا بالنفر، فلا بدَّ أن يعرفانه. وفي «الحاوي» أنه لو عقد إلى يوم النفر الأول وهو الثالث عشر منه جاز لأهل مكة، وفي جوازه لغيرهم وجهان.

إشارات: قال الرَّافِعِي: لو وقّتا بنفر الحجيج وقيد بالأول أو الثاني جاز، وإن أطلقا فوجهان أصحهما ويحكي عن نصه أنه صحيح، ويحمل على النفر الأول لتحقق الاسم به.

قلت: ظاهر كلامه أن التأجيل إلى النفر بنفسه لا إلى يومه وفيه نظر؛ لأن النفر ينعدم ويتأخر، وعبارة نص «الأم» والبيع إلى الصدر جائز والصدر يوم النفر من منى، انتهى.

وعبارة «الحاوي» وغيره كما سبق فالمراد اليوم وهو الوجه قالا: بعد مسألة الكتاب وأخواتها ولا تحتاج إلى تعيين السنة، وفي النهاية وإن ذكر النفر مطلقًا وأضافه إلى السنة المعلومة فوجهان. ثم قال: وألحق العراقيون بذلك ما لو أجله بشهر ربيع أو جمادي من سنة معلومة.

قلت: وظاهر كلامه أن محل الوجهين ما إذا عين السنة ولم أره لغيره ولا للغزالي.

قال المصنف: لا يضاف لفظة شهر إلى شهر إلا إلى رمضان، وشهر ربيع الأول، وشهر ربيع الآخر، وصور ربيع إذا وصف بالأول أو الثاني لا يقال: ربيع الأول على الإضافة ولا شهر جمادي؛ بل جمادي فحسب هذا لفظه من خطه من مسودة «شرح المهذب».

قال المصنف: [فَصْلٌ: يُشْتَرَطُ كَوْنُ الْمُسْلَمِ فِيهِ مَقْدُورًا عَلَى تَسْلِيمِهِ عِنْدَ وُجُوبِ التَّسْلِيمِ، فَإِنْ كَانَ يُوجَدُ بِبَلَدٍ آخَرَ صَحَّ إِنْ اُعْتِيدَ نَقْلُهُ لِلْبَيْعِ، وَإِلَّا فَلَا.

قال: **(فَصْلٌ: يُشْتَرَطُ كَوْنُ الْمُسْلَمِ فِيهِ مَقْدُورًا عَلَى تَسْلِيمِهِ عِنْدَ وُجُوبِ التَّسْلِيمِ)** أي: في الحال كبيع العين وفي المحل، ولا بأس بانقطاعه قبله أو بعده؛ لكن لو غلب على الظن وجوده لكن بمشقة عظيمة كالقدر الكبير من الباكورة فوجهان: أقربهما إلى كلام الجمهور البطلان.

قال الشارح: **(فَإِنْ كَانَ يُوجَدُ بِبَلَدٍ آخَرَ صَحَّ إِنْ اُعْتِيدَ نَقْلُهُ لِلْبَيْعِ، وَإِلَّا فَلَا)** هذا من تفقه الإمام، وينبغي ألا يكفي مطلق اعتياد نقله للبيع؛ بل إن اعتاد كثيرًا وغالبًا؛ لأنهم اعتبروا عموم وجود السلم فيه عند المحل، فتأمله.

قال الرَّافِعِي: لو أسلم في شيء ببلد لا يوجد مثله فيه فيوجد في غيره، قال في «النهاية»: إن كان قريبًا منه صح، وإن كان بعيدًا لم يصح.

قال: ولا يعتبر مسافة القصر هاهنا، وإنما التقريب فيه أن يقال: إن كان يعتاد نقله إليه في غرض المعاملة لا في معرض التحف والمصادر إن صح السلم وإلا فلا، ويجيء في آخر الفصل ما يجيء في الإعراض عن مسافة القصر، انتهى.

وعبارة «النهاية» بعد ذكر التفصيل.

قال الأئمة: لا يعتبر فيما أطلقنا من القرب والبعد مسافة القصر والقصور عنها. قال: وهذا إنما يجب الاعتبار فيه بتقرب ما حد حرجه عن عماية الأحمال، فإن القول في مثله بشر ولا ضبط في قول القائل: إن كان بحيث نسق النقل لم يصح السلم، والأصح وقد يقرب في هذا أن يقول: إن جرت العادة بنقل ذلك الجنس إلى بلد السلم يجوز، والمسلم فيه مقدور على تسليمه، وإن كان ذلك مما نعتاد فهو ملحق بما لا يقدر عليه ولا اعتبار بنقل آحاد الناس للتحف، وإنما الاعتبار بما ينقل لأغراض المعاملة وهذا لا بأس به، وإن قيل: المنبع هو الذي يلغي محمل النقل مسقه ظاهر خارجه عن اعتياد النقل.

وقد أجرى الشَّافِعِي في هذا لفظًا، فليتأمل الباطن، فقال: هو كما لو

....

أسلم في رطب البظرة، وبلد المسلم من بلاد خراسان وهذا سرف في تصوير التعدد وهو يحصل بدون هذا، وبالجملة السلم عقدا رقاق من الجانبين والحلم فيها يباشر من أحكام المعليلات العرف لحل مشقة لا يبعد وفي عرض المعاملات، وإنما محمل الاستعجال رأس المال، فتلك المشقة لا يقدح في صحة السلم كل مشقة لا محمل في أعراض التعامل، فلا يبني جواز العقد عليها وينبغي أن يقال: على سبيل الضبط والقرب منه أن النقل إذا كان يلحق المنقول بما لا يعلم إمكان الوصول إليه فهو من المتعدد الذي لا يجوز السلم فيه، وهذه العبارات سير إلى تقريب واحد، انتهى لفظه.

وعبارة «البسيط» لو أسلم في مفقود في بلد التسليم موجود في بلد أخرى، قال أصحابنا: إن كان بعيد أبطل وإن كان قريبًا صح، والوجه في إيضاحه أن يقال: إن كان العرف بحيث نقل ذلك الجنس لأغراض المعاملة صح العقد وإن كان لا ينقل إلا في ضرورة عظيمة من مصادره وهديد وتحفه وكان ذلك على ندور لم يصح العقد؛ لأنه معجوز عن تسليمه، انتهى.

وعبارة «الذخائر» قال أصحابنا: إن كان بعيد أبطل، وإن كان قريبًا صحَّ، ويرجع في القرب والبعد إلى العادة.

وقال بعض أصحابنا: القرب المعتبر هاهنا وذكر كلام الإمام السابق في النقل لغرض المعاملة وغيرها، وجعله مقابلًا لقول الأصحاب.

ثم قال: ذكرنا في السلم فيما يعز وجوده وقت المحل كما لو أسلم في تمر كبير في قلب الباكورة وجهًا أنه يصح إذا كان لا يمكن تحصيل المسلم فيه إلا بمشقة شديدة لنذور وجوده وهذا الوجد يحيى هاهنا أيضًا، انتهى.

وتأمل قول الشَّافِعِي في «الأم»: ولو سلم في ناقة موصوفة أو ما شبه أو عبد موصوف على أنه جبار، أو جارية موصوفة على أنها ماشطة، كان السلف صحيحًا وكان لواد فيما يقع عليه اسم المشط أو الحين إلا أن يكون ما وصف غير موجود بالبلد الذي يتلف فيه بحال فلا يجوز، انتهى.

وَلَوْ أَسْلَمَ فِيمَا يَعُمُّ فَانْقَطَعَ فِي مَحِلِّهِ لَمْ يَنْفَسِخْ فِي الْأَظْهَرِ، فَيُتَخَيَّرُ الْمُسْلِمُ بَيْنَ فَسْخِهِ، وَالصَّبْرِ حَتَّى يُوجَدَ.

فقيد ما لبلد وقال: محال.

قال: **(وَلَوْ أَسْلَمَ فِيمَا يَعُمُّ فَانْقَطَعَ فِي مَحِلِّهِ لَمْ يَنْفَسِخْ فِي الْأَظْهَرِ)** كما لو أعير المشتري بالثمن.

(فَيُتَخَيَّرُ الْمُسْلِمُ بَيْنَ فَسْخِهِ، وَالصَّبْرِ حَتَّى يُوجَدَ) والثاني ينفسخ كما لو تلف المبيع قبل القبض، أشار بقوله فيما يعم إلى أنه يشترط عموم وجود السلم فيه عند المحل أو يوجد ما لبلد لكن عند قوم محصورين وأتوا بيعه، فإن كانوا يبيعونه بثمن عال وجب تحصيله في هذا الإطلاق وقفه، فإن أمكن من غير تلك البلدة إليها.

قال الرَّافِعِي: وجب نقله إن كان في حد القوت بضبط، أما الْبَغَوِي في أحدين فنقلوا وجهين أقربهما يجب نقله مما دون مسافة القصر، والثاني من مسافة لو خرج المبكر مالها أمكنه الرجوع إلى أهله ليلًا، أما الإمام جرى على الأعراض عن مسافة القصر.

وقال: إن أمكن النقل على عسر، فالأصح أن السلم لا يفسح قطعًا، ومنهم من طرد القولين، ومراده أنه على ينفسخ قطعًا بل ينبت له الخيار وإن كان يمتنع من إيراد العقد عليه، لذا صرح به، وطارد القولين جعل التعدد المانع من السلم ابتداء إذا طرد اتمانه الانقطاع حتى يجري قولًا الانفساخ، وهذا مقتضى كلام الأكثرين، وطريقة الإمام أفقه وإن خالفها ظاهر كلام غيره.

تنبيهات: أحروا القولين فيما لو تأخر القبض حتى فقد المسلم فيه تهاون من أحدهما أو عيبته، وفيما لو مات قبل انقضاء الأجل والمسلم فيه لم يدرك بعد.

وقال الدَّارِمِي: إن كان موجودًا فماطله حتى نفد لم يبطل قولًا واحدًا والخيار، ومنهم من قال فيه القولين وهل خياره على الفور كالعيب أو يمتد ثلاثة أيام، فلو انفسخ فيها لزمه التأخير إلى الوجود، أو هو على التراخي أوجه أصحها ثالثها، وهل يبطل بالتصريح بإسقاطه فيه وجهان جاريان في إباق العبد

وَلَوْ عَلِمَ قَبْلَ الْمَحِلِّ انْقِطَاعَهُ عِنْدَهُ فَلَا خِيَارَ قَبْلَهُ فِي الْأَصَحِّ.
وَكَوْنُهُ مَعْلُومَ الْقَدْرِ كَيْلًا أَو وَزْنًا أَو عَدًّا أَو ذَرْعًا، وَيَصِحُّ الْمَكِيلُ وَزْنًا وَعَكْسُهُ.

قبل القبض أصحهما لا وله الفسخ بعد ذلك.

قال الدَّارِمِي: فإن ماطله إلى سنة أخرى ثم وجده، فهل يفسخ مع الوجود على وجهين، وإذا أجاز القيرواني السابع، فهل يجبر؟ على وجهين.

قال: وعندي إن ماطله أجبر وإن عدم لم يجبر، هذا لفظه، وذكر قبيل كتاب الرهن أنه إذا وجد ما أسلم فيه فتراضيًا بتأخيره سنة أخرى.

قال ابن الْقَطَّان في جواز ذلك قولان بناءً على تعدده.

(وَلَوْ عَلِمَ قَبْلَ الْمَحِلِّ انْقِطَاعَهُ عِنْدَهُ فَلَا خِيَارَ قَبْلَهُ فِي الْأَصَحِّ) لأنه لم يجئ وقت وجوب التسليم.

والثاني: نعم لتحقق العجز إشارة قصر الخلاف على الخيار، وهو حاد في الانفساخ أيضًا، وإنه هل يسخر بذلك حكم الانقطاع أو يتأخر وجهان، وإذا ثبت حكم الانقطاع جرى القولان، ولا يسخر حكم الانقطاع في الأصح وكان أحسن.

والحاصل أوجه الخيار والانفساخ وعدمها وهو الأصح.

قال: **(وَكَوْنُهُ مَعْلُومَ الْقَدْرِ كَيْلًا أَو وَزْنًا أَو عَدًّا أَو ذَرْعًا)** على ما قبلهما.

(وَيَصِحُّ الْمَكِيلُ وَزْنًا وَعَكْسُهُ) وعليه إذ الغرض معرفة المقدار بخلاف الربويات على المشهور للتعبد فيه، وما ذكره الإمام في المكيال ولا يلصق به، قاله: الْمَاوَرْدِي وغيره وحمل الإمام إطلاق الأصحاب علي ما بعد الكيل في مثله ضابطًا.

أما لو أسلم في فُتَات المسك والعنبر ونحوهما كيلًا لم يصح؛ لأن سيره ماليته كثيرة والكيل لا يعد ضابطًا فيه، وتبعه الغزالي وغيره ونقله في السفح عن الْمُتَوَلِّي وسكت الشيخان عليه رضي به وهو حسن صحيح، واستثنى الْجُرْجَانِي وغيره من المتقدمين، فقال في «التحرير»: إلا النقود فلا سلم فيها إلا وزنًا.

قال بعضهم: وفي معناها كل ما يعظم خطره، وسيأتي عن الرَّافِعِي أنه جوز الكيل والوزن في اللآلئ الصغار.

وَلَوْ أَسْلَمَ فِي مِائَةِ صَاعِ حِنْطَةً عَلَى أَنَّ وَزْنَهَا كَذَا لَمْ يَصِحَّ، وَيُشْتَرَطُ الْوَزْنُ فِي الْبِطِّيخِ وَالْبَاذِنْجَانِ وَالْقِثَّاءِ وَالسَّفَرْجَلِ وَالرُّمَّانِ.

وقال الشيخ: وهو مخالف لما ذكره هنا، وكأنه اختار هنا ما تقدم عن إطلاق الأصحاب.

قلت: وكذلك أطلق الشَّافِعِي في «الأم» كما في الكتاب ولم يستثنِ شيئًا.

قال: **(وَلَوْ أَسْلَمَ فِي مِائَةِ صَاعِ حِنْطَةً عَلَى أَنَّ وَزْنَهَا كَذَا لَمْ يَصِحَّ)** لأنه بغير وجوده، ولذا سائر الحبوب والغلات وكذا وزن الثياب خلافًا للقاضي أبي الطيب. قال: لأنه يرجع إلى حره انفساخ.

وقال الْمَاوَرْدِي: إن أمكن فسخه بذلك الطول والعرض والوزن جاز وكان أولى، وإن تعدد عليهم لم يجز حاصله الرجوع إلى أهل الصنعة فيه وهو ظاهر، ولو ذكر وزن الخشب مع صفاته المعتبرة جاز؛ لأنه إن زاد أمكن ثخنه.

قال الشيخ أبو حامد: ويوقع عليه واستشكل ما به يعبر فيه ذكر العرض والطول والثخانة وبالحب نزول أحد هذه الصفات.

قال: **(وَيُشْتَرَطُ الْوَزْنُ فِي الْبِطِّيخِ وَالْبَاذِنْجَانِ وَالْقِثَّاءِ وَالسَّفَرْجَلِ وَالرُّمَّانِ)** أي: وما أشبه ذلك مما لا يضبطه الكيل كالبقول والشوص وقصب السكر والفواكه وغيرها، ولا يكفي في ذلك العدّ لاختلافه.

إشارات: منها: قالا: لا يجوز السلم في البطيخة والسفرجلة الواحدة ولا عدد منها؛ لأنه محتاج إلى ذكر حجمها ووزنها، ذلك موزون غيره الموجود.

اعلم أنه إذا أسلم في عدد من البطيخ كما به بالوزن في الجميع دون كل واحدة جاز اتفاقًا وإن بيَّن وزن كل واحدة أو أسلم في واحدة فقط فنصه في الْبُوَيْطِي يقتضي الجواز؛ لأنه قال: ويسمى الوزن ويصف صغيره وكبيره ووسطه ولو وصف وزن كل واحدة من هذا كان أحوط، وإلا لم يضره وهو مصرح بالمقصود، وكذلك البيض سواء بيض الدجاج أو غيره.

وقال القاضي الحسين والفوراني والمتولي والبغوي: لا يجوز إذا قدر وزن كل واحدة كغرة الوجود، ورد قولهم بالنص.

وَيَصِحُّ فِي الْجَوْزِ وَاللَّوْزِ بِالْوَزْنِ فِي نَوْعٍ يَقِلُّ اخْتِلَافُهُ، ....

ومنها: قيل على كلام الشيخين استدراك من وجهين:

أحدهما: في البطيخة والسفرجلة الواحدة لمخالفته النص، وإن وافق كلام من ذكرناه الثاني أنه موهم أنه لا يجوز في عدد من البطيخ بوزن الجميع دون كل واحدة ولا بقوله أحد، وإنما المراد إذا بين وزن كل واحدة، والتمسك بعزة الوجود ليس بالقوى بكثرة البطيخ فلا يعز، وإن حصل تقارب يسيرًا عنصر لقلة الرغبات في ذلك وعدم المضايقة فيه، ومنها أطلقوا جواز السلم في البقول وزنًا كما سبق.

وجعله الْمَاوَرْدِي ثلاثة أقسام:

قسم يقصد منه شيئان: كالخس والفجل يقصد له وورقه؛ فالسلم فيه باطل لاختلافه، وقسم كله مقصوده فيجوز وزنًا.

وقسم يتصل به ما ليس بمقصود كالجزر والشلجم وهو اللفت، فلا يجوز إلا بعد قطع ورقه، وأما الباذنجان فيحتمل ألا يجوز إلا بعد قطع أقماعه ويحتمل أن يجوز قبله، انتهى أطهر لأنه العرف في سعة.

ومنها: زعم شارح أن الْجُرْجَانِي ذكر في «الشافي» أنه يجوز السلم في المعدود كالبيض والرمان والجوز والسفرجل وقصب السكر عددًا، انتهى، وهو واهمٌ! فإنه ذكر في صدر كلامه ما يوهمه وصرح من بعد فالمذهب، وكذا صنع في تخزينه وزيادة لفظه عددًا زيادة باطلة فاعلم.

قال: **(وَيَصِحُّ فِي الْجَوْزِ وَاللَّوْزِ بِالْوَزْنِ فِي نَوْعٍ يَقِلُّ اخْتِلَافُهُ)** أي: لعل اختلاف قشوره دقه وغلظًا فإن اختلفت فيهما امتنع السلم فيه، اعلم أن هذا الشرط سيذكره الإمام عن الأصحاب وتابعاه عليه.

وقال في «التنقيح»: هذا التفضيل لإمام الحرمين والمشهور في المذهب الذي أطلقه الأصحاب ونص عليه الشَّافِعِي جواز السلم في الجوز واللوز.

قال الشيخ في «التنقيح»: ورأيت في كتاب الودائع تصنيف أبي العباس ابن سُرَيْجٍ ما يوافق طريقة الإمام، قال: في أوائل البيع ما لا يضبط بالصفة، فالسلم

وَكَذَا كَيْلًا فِي الْأَصَحِّ.

فيه باطل مثل الجوز والرمان والأترج والبطيخ والبيض وما أشبه ذلك، انتهى.

وهذا لفظ الودائع كما رأيته فيه، ونقل ابن المنذر عن الشَّافِعِي وأبي ثور أن السلم في البيض والجوز لا يجوز وأوله عصري على أنه لا يجوز عدد، ولكن كلام ابن سُرَيْج بعيد من هذا التأويل فلعله ذهب إلى هذا القول الغريب.

قال: (**وَكَذَا كَيْلًا فِي الْأَصَحِّ**) أي: المنصوص في المختصر كالحبوب والتمر، والثاني لإلحاقها في الكيل ونسبه الْعِمْرَانِي إلى النص وغيره إلى الْبُوَيْطِي وقال المصنف في «التنقيح»: المنصوص المنع.

وقال أبو إسحاق: يجوز هكذا قال: في المهذب وغيره والصحيح الجواز إذا أمكن كله نص عليه في «الأم»، فقال: وسلم في الجوز وزنًا وإن كان الإسحاقي في الكيل فيه كيلًا والوزن أحب إليَّ وأصح وبالجواز قطع في الشامل وسليم في «الكفاية» ولم يذكر أبو حامد في التعليق غيره فحصل فيه كيلًا قولان منصوصان وذكر صاحب «العدة» أن المراد بنص الشَّافِعِي على بيع السلم في الجوز كيلًا الجوز الهندي، انتهى.

ولم يذكر في المهذب اللوز وإنما ذكره في «البيان» ومنع الكيل فيه بعيد لا سيما في صغاره وقد تقرر في الربا أنه محل خلافًا للقاضي الحسين.

وفي «الذخائر» أن الذي يحرر فيما لا يكال ولا يوزن في القادة أربع أوجه:

أحدها: الجواز بالوزن دون الكيل.

والثاني: يجوز الكيل في الجوز، ولا شك أنه يلتحق به اللوز والفستق والبندق ونحو ذلك.

والثالث: يجوز فيما سوى الجزر واللوز، وما في معناهما بالوزن خاصة وأما الجوز واللوز والبندق ونحو ذلك، فإن أمكن ضبطها بالوصف جاز السلم فيها وزنًا وإلا لم يجز.

والرابع: يجوز في الجوز واللوز والبندق والفستق كيلًا ووزنًا، ولا يجوز

يُجْمَعُ فِي اللَّبِنِ بَيْنَ الْعَدِّ وَالْوَزْنِ، ....

فيما سواها إلا بالوزن واتفقوا على أنه لا يجوز السلم في شيء من ذلك عددًا، انتهى.

إشارات: قيل: أوهمت عبارة «الروضة» أن في البندق والفستق خلافًا.

قلت: وسبق ما تحققه ولا خفاء أنه إنما يجوز السلم في هذه الأشياء في القشر الأسفل لا غير، هكذا أطلقوه.

وينبغي جوازه في الوزن قطعًا قبل انعقاد القشرة السفلى كبيعه كما هو واضح الطريقين، ونص في الْبُوَيْطِي أنه لا يجوز السلم في التفاح والجوز وما أشبهه إلا وزنًا.

قال: (**وَيُجْمَعُ فِي اللَّبِنِ بَيْنَ الْعَدِّ وَالْوَزْنِ**) أي فيقول: ألف لبنة مثلًا وله كل واحدة كذا لأنها تضرب على اختيار فلا تؤدي إلى عزة الوجود، ثم الأمر في وزنها على التقريب كما في «الروضة».

قلت: هكذا قاله الخراسانيون، ويشترط في اللبن الجمع بين العدد والوزن ولم يعتبر العراقيون أو معظمهم الوزن، ونص الشَّافِعِي في «الأم» على أن الوزن مستحب لو تركه فلا بأس، انتهى.

وهو نصه في الْبُوَيْطِي لكن يشترط أن يذكر طوله وعرضه وثخانته وأنه من طين معروف، وقال في «التنقيح» الذي ذكر الشيخ أبو حامد وغيره من الوجهين النوع واللون المدور والسمك، انتهى.

وعبارة «التهذيب» ويجوز في اللبن والأجر وبين الوزن والعدد، فيقول: كذا وكذا لبنة، وزنها كذا وظاهرها اعتبار، وأن الجملة لا كل لبنة لبنة، وبالجملة: فالمذهب ما نص عليه إشارة ما جزم به المصنف، نقله القاضي حسين.

قال: وقياسه جواز السلم في القماقم والطناجير، ويذكر العدد والوزن، انتهى، فإن لم يقول: النص كان اعتبار الجمع قولان منصوصان وقضية كلام الإمام أنه يشترط العرض للطول والعرض في الثخانة وما يضرب منه وكذا البسيط.

وَلَوْ عَيَّنَ مِكْيَالًا فَسَدَ إنْ لَمْ يَكُنْ مُعْتَادًا، وَإِلَّا فَلَا فِي الْأَصَحِّ.

فرع: يصح السلم في الأجر على الصحيح، وجزم به جماعة ويذكر ما سبق صفة الطنج والتربة ولا يجوز السلم في الأجر المطبوخ، وهو ما لم يكمل نضجه، فاحمر واصفر بعضه نقله الْمَاوَرْدِي عن الأصحاب، ولم أر من أعتبر فيه الجمع بين العدد والوزن إلا الْبَغَوِي ومن نحا نحوه في اللبن وعبارته محتمله، وإلا صح خلافه.

قال الشَّافِعِي في الْبُوَيْطِي: لا بأس بالسلم في الطوب والحجارة أن ضبط طوله وعرضه لا وزن، انتهى.

قال: (**وَلَوْ عَيَّنَ كَيْلًا فَسَدَ إنْ لَمْ يَكُنْ مُعْتَادًا**) أي: ولم نعرف مقداره لهذه الجرة أو الكوز ونحوها لأنه مجهول وفيه غرر؛ لأنه قد سلف قبل المحمل، وخلى الإجماع، وفيه وفي السلم الحال وجه كما لو قال: بعتك سل هذا الكوز من هذا، وإلا صح، وليس الفرق بالواضح.

قال: (**وَإِلَّا فَلَا فِي الْأَصَحِّ**) أي: وإن كان المعين معتادًا، فعينه لم يضر على الأصح لكن بلغوا تعيينه كسائر الشروط التي لا عرض فيها.

والثاني: يفسد لتعرضه للتلف، وسواء في ذلك المكان المستغل في ذلك الوقت أو غيره مما غلطه الإمام إذا عرف، وسواء مكان بلد التسليم وغيره إذا كان معروفين، والمراد بالمعتاد أن نعرف ما يسع [ونعبره] ألا نعرف ما يسع، فالميزان والذراع والصحة كالكيل فيما ذكرنا وكذا لو غير كيلًا أو وزنًا ذكره الرُّويَانِي وذكر وخمصًا.

ثالثًا: فارقًا بين البيع والسلم في التعيين يليه التعلق على مجال معروف بشرط لا خلاف، وإذا اختلفت المكاييل والموازيين والذراعات فلا بدَّ من تعين نوع منها إلا أن يغلب نوع منها فيحمل الإطلاق عليه، ولا بدَّ في المكيل والموزون والمذروع من علم المتعاقدين وعدلين معهما على الأصح كما في أوصاف السلم فيه ولو عين ذراع يده لم يصح على الأصح لأنه قد يموت، قاله الْمَاوَرْدِي.

وَلَوْ أَسْلَمَ فِي ثَمَرِ قَرْيَةٍ صَغِيرَةٍ لَمْ يَصِحَّ، أَو عَظِيمَةٍ صَحَّ فِي الْأَصَحِّ.
وَمَعْرِفَةُ الْأَوْصَافِ الَّتِي يَخْتَلِفُ بِهَا الْغَرَضُ اخْتِلَافًا ظَاهِرًا، ....

قال: (**وَلَوْ أَسْلَمَ فِي ثَمَرِ قَرْيَةٍ صَغِيرَةٍ**) أي: في مقدار منه.

(**لَمْ يَصِحَّ**) لأنه قد يتعذر وفيه عدد من غير حاجة، وهذا كما قال ابن المنذر: كالمجمع عليه.

وروى البيهقي فيه حديثًا إشارات الثمرة مثال والحبوب وغيرها كالثمرة والكرم والبستان كالقرية الصغيرة، ولا يجوز السلم في لبن غنم بعينها أو صوفها أو شعرها أو زبدها أو سمنها أو لباها أو جبنها نص عليه الشَّافِعِي ولم يفرقوا في هذه بين المؤجل والحال وتعليل جماعة يشعر بأن التصوير في المؤجل.

وذكر الْمَاوَرْدِي: أنه إذا أسلم في ثمرة شجرة معينة حالًا انتهى، ويجب طردها في القرية والبستان والكَرْمُ وأولى.

قال: (**أَوْ عَظِيمَةٍ صَحَّ فِي الْأَصَحِّ**) لأنه لا ينقطع غالب وهل معين أو يكفي الإيثار بمثله فيه احتمال للإمام والمفهوم من كلامهم الأول والثاني أنه لتعيين المحال لعدم الفائدة.

قالا: ومحل الوجهين إذا لم يعد ذلك سويقًا، فإن أفاده لمعقلي الصبرة جاز جزمًا لأنه مع معقلي بغداد[1] صنف؛ لكن يختلفان في الأوصاف فله غرض في ذلك فيجوز جزمًا.

قلت: بل يجب إذا اختلف به العرض المعتبر إشارة لم يعرضوا للفرق بين القرية الصغيرة والكبيرة، وكان المراد العرف؛ فالكبيرة كالناحية، والصغيرة كالبيت الواحد، وفقد ذلك فيها.

قال: (**وَمَعْرِفَةُ الْأَوْصَافِ**) أي: ومن الشروط معرفة الأوصاف.

(**الَّتِي يَخْتَلِفُ بِهَا الْغَرَضُ اخْتِلَافًا ظَاهِرًا**) لا اختلاف القيم بذلك واحترز

---

(١) هو نوع من التمر معروف بالبصرة وغيرها من العراق، منسوب إلى مَعْقِل بن يسار الصحابي رضي الله عنه وإليه يُنسب نهر مَعْقِل بالبصرة.

وَذِكْرُهَا فِي الْعَقْدِ عَلَى وَجْهٍ لَا يُؤَدِّي إِلَى عِزَّةِ الْوُجُودِ].

قال المصنف: [فَلَا يَصِحُّ فِيمَا لَا يَنْضَبِطُ مَقْصُودُهُ ....

بقوله اختلافًا ظاهرًا بما يتعاين بمثله ويحمل الناس إهماله ولا يبالي به، فلا يشترط معرفته ولا ذكره.

واعلم أن من الأئمة من ذكره المصنف، وبعضهم اعتبر الأوصاف التي يختلف بها القيمة.

وبعضهم جمع بينهما، وليس بشيء منها على إطلاقه، فإن كون العبد قويًا في العمل وضعيفًا وكاتبًا وأمينًا وما أشبه ذلك أوصاف يختلف لها العرض والقيمة، ولا يجب التعرض لها، قاله الرَّافِعِي.

قال **(وَذِكْرُهَا)** أي: ويشترط ذكرها.

(فِي الْعَقْدِ) ليتميز المعقود عليه، فلا يكفي ذكرها بعده وإن كان في مجلس العقد على وجه أي: وأن يكون ذكرها.

(عَلَى وَجْهٍ لَا يُؤَدِّي إِلَى عِزَّةِ الْوُجُودِ) لأنه عقد غرر، ولا يجوز إلا فيما موثق بتسليمه، واستغراق الأوصاف متعددًا ومتعثر إشارة هذا ضابط مسائل الباب. وحكي الإمام في الوكالة وجهًا أنه لو قال: أسلمت إليك في ثوب جاز وليس بشيء نعم قد يكتفي في بعض الأشياء بوصف وصفين وثلثه، وأكثر كما قاله الْمَاوَرْدِي.

قال: **(فَلَا يَصِحُّ فِيمَا لَا يَنْضَبِطُ مَقْصُودُهُ)**: **قلت**: هذا شرط المعرفة ووجه المنع أن الجهل كحال المبيع يمنع صحة البيع مع أنه عين؛ فالجهل كحال السلم فيه أولى من المنع، قاله الرافعي.

وهذا التوجه يوهم ألا يصح بيع عين المخلط الذي لا ينضبط أخلاطه للجهل في المقصود ليس بمراد.

قال في «الأم»: ولا خير في أن سلف في قلنسوة محشوة، وذلك لا ينضبط وزن حشوها ولا صفته، ولا يوقف على حدّ بطانتها ولا يشتري هذا إلا يدًا بيد يعني به المعاينة.

كَالْمُخْتَلِطِ الْمَقْصُودِ الْأَرْكَانِ كَهَرِيسَةٍ وَمَعْجُونٍ وَغَالِيَةٍ وَخُفٍّ وَتِرْيَاقٍ مَخْلُوطٍ،

قال: (**كَالْمُخْتَلِطِ الْمَقْصُودِ الْأَرْكَانِ كَهَرِيسَةٍ وَمَعْجُونٍ وَغَالِيَةٍ وَخُفٍّ وَتِرْيَاقٍ مَخْلُوطٍ**) مقصودة بهذا النوع المختلط المقصود الأركان التي لا ينضبط قدر اختلاطها وأوصافها واستغنى بالقاعدة والمال.

وذكر الخلاف فيما بعده عن التصريح بهذا الشرط، ومن أمثلة هذا النوع القسي(١) العجمية والند(٢) والجوارشان، والحلواء، والفالوذج ونحوها، والنبل(٣) المريش(٤) والنعال كالخفاف المطبقة بتنبيهات الغالية(٥) مركبة من مسك وعنبر وعود وكافور، قاله الرَّافِعِي.

وأراد بالخف ما يجمع أجناسًا كبعض خفاف النساء، وفي الخف المركب من ظهاره وبطانه وحشو وجه عن ابن سُرَيْجٍ، وأما المحل من شيء واحد لخف الرجل المعروف، فإن كان من جلد، ومنعنا السلم في الجلود وهو الأصح امتنع، وإن كان من مَن غيره فيظهر أنه كالثياب المخيطة، ويقوي القول بالصحة فيما اتحد من جلد ونحوه؛ لأن الصفة تحيط به وما حكي عن ابن سُرَيْجٍ في الخف مثل التجويز يجب تنزيله على ما هو من جنس واحد دون المختلط، فإنه قال: لا يعلم ما في الخفاف إلا الله تعالى، واحترز المصنف بالترياق المخلوط عما هو بنبات واحد أو حجر، فيجوز السلم فيه.

وقال القاضي أبو الطيب وغيره: الترياق نجس، فإنه يطرح فيه لحوم الحيات، ولبن الأتان، ونص عليه في «الأم» فيحمل كلام المصنف وغيره على ترياق ظاهر فرع يمتنع السلم في الأقل منه.

---

(١) بكسر القاف والسين، وتشديد الياء جمع قوس، وتجمع أيضًا على أقواس.
(٢) بفتح النون: وهو مسك وعنبر وعود يختلط بغير دهن. قال الجوهري: ليس هو بعربي.
(٣) النَّبل: السهام العربية. قال ابن مكي: من غلط العامة قولهم لواحد النبل نبلة، وليس له واحد من لفظه؛ بل واحده سهم وقدح.
(٤) (المَرِيْش): هو بفتح الميم، وكسر الراء وإسكان الياء، وإنما ضبطته؛ لأني رأيت كثيرًا ممن يصحفه.
(٥) هي مسك وعنبر مخلوطان بدهن. قال الجوهري: يقال: أول من سمَّاها بذلك سليمان بن عبد الملك، تقول: تغليت بالغالية.

وَالْأَصَحُّ صِحَّتُهُ فِي الْمُخْتَلِطِ الْمُنْضَبِطِ كَعَتَّابِيٍّ وَخَزٍّ ....

قال: إنما يجوز ابتياع النعلين والشراكين، ويستأجر على الحذو وعلى خراز الخفين، وحكي الرُّويَانِي عنه جواز إلزام ذمة صانع أن يصنع له خفًّا، وهذا مخالف لما في «الأم».

وقال ابن الصباغ وغيره: أن استصناع هذه الأشياء لا يجوز إلا كما قاله: في «الأم» خلافًا لأبي حنيفة.

فرع: لا يجوز السلم فيما خالطه ما ليس بمقصود من غير حاجة كاللبن المشوب بالماء مخيضًا كان أو غيره، كما لا يجوز بيعه وفي «التتمة» أن الْمَصْلُ كَالْمَخِيضِ لما فيه من الدَّقيق، ولا يجوز السَّلم في الكشك قاله: الْمَاوَرْدِي.

قال: (**وَالْأَصَحُّ صِحَّتُهُ فِي الْمُخْتَلِطِ الْمُنْضَبِطِ كَعَتَّابِيٍّ وَخَزٍّ**) لسهولة ضبطه، والثاني: المنع كالغالية ونحوها والمنصوص الأول لكن ما المراد بهذا الانضباط، وقول: الرَّافِعِي في الخز ونحوه أنه منضبط الأقدار والصفات إن ذلك معرفة صناعته أو أنه يعتبر معرفته في صحة العقد في كلامهم اختلاف فيه تعلل في المهذب الجواز بأنه يعرف قدر كل واحد منهما.

قال شارح: لعل مراده اللُّحْمَةَ[1] مِنْ أَحَدِهِمَا وَالسَّدَى من الآخر، وكذلك هو في كلام غيره، وأما معرفة قد رحل منهما بالوزن فما أظنه لأنه لحم يشترط، وأما معرفة قد رحل منهما فما أظنه يشترط بعد الذبح لا يمكن العلم به ويفضي إلى نزاع وإن كان ظاهر اللفظ مقتضيه، انتهى.

وعبارة الدَّارِمِي وإن كان من جنسين ويمكن تمييزه كثوب من حرير وقطن، فيجوز إذا وصف كم من واحد أي: كم من كل واحد وهي صريحة في ذلك وأنه شرط في صحة العقد ووجهه ظاهر، وأهل الصنعة يعرفون ذلك إذا وزن الثوب بعد نسجه ورأوا أطرافه من اللحمة، وعلل في الذخائر الجواز بأنه يتميز إن يعلم أن وَالسَّدَى إبريسم، واللُّحمة مثل صوف أو قطن، وليس من شرطه معرفة المقدار وعليه يدل نص الشَّافِعِي - رَحِمَهُ اللهُ تعالى - وعليه ينطق قول الرَّافِعِي في

---

(١) اللُّحمة: ما يصاد به الصيد.

....

«شرحه الصغير» والأصح الجواز بسهولة ضبط أخلاطها وأقدارها، انتهى.

وفي «الشامل»: وليس من شرط ذلك أن يكون مقداره معلومًا، انتهى، وهذا مخالف لكلام الدَّارِمِي، وكلام الدَّارِمِي أصح إذ القيم والأعراض تتفاوت بذلك تفاوتًا ظاهرًا.

تنبيه: عَتَّابِي مركب من قطن وحرير والخز، قيل: إنه مركب من قز وشعر الأرنب.

وقال الرَّافِعِي: هنا أنه من الإبريسم والوبر قاله المطرزي، وقال في «المغرب»: أنه مركب من إبريسم وصوف، وليس هذا باختلاف بل كل ذلك حسبما اقتضاه كلامهم.

قال: ويخرج علي الوجهين السلم في الثوب المعمول عليه بالإبرة بعد النسج من غير جنس الأصل كالإبريسم على القطن والكتان، انتهى.

وقضيته يرجح الجواز، لكن صاحب «المهذب» وغيره من العراقيين منعوا السلم في ثوب عمل فيه من غير غزله كالقرقوبي لأنه لا ينضبط، وحكوا الوجهين فما نسج من عزلين، والظاهر أن إذا شرطنا معرفة مقدار الغزلين كما سبق أنه لا يصح السلم فيما عمل عليه بالإبرة للجهالة؛ اللهم إلا أن تعرف أهل الصنعة ذلك في هذا أيضًا؛ لكن في «تجريد التجريد» أنه لا يمكن ضبط كل واحد عند الاتحاد وهذا هو المجزوم به في «الشامل» وغيره، والظاهر أنه قول جماهير العراقيين واقتضى إيراد «الحاوي» أنه لا خلاف فيه.

فرع: ذكر شارح أن كل ثوب من غزول مختلفة على هذا الحكم للثياب، وفي «الذخائر» بعد ذكر الخلاف في العتابي والخز، وإن كان الثوب مختلف الغزل.

قال الشيخ أبو حامد: قال الشَّافِعِي ﷺ قال: وإنما جوز الشَّافِعِي في الخز لما ذكرناه، انتهى.

وقال المصنف في «التنقيح»: قال في «المهذب» وغيره: لا يجوز في ثوب عمل عليه من غير غزله، وقطع الشيخ أبو حامد بعكسه في فصل المختلطات،

وَجُبْنٍ وَأَقِطٍ وَشَهْدٍ وَخَلٍّ تَمْرٍ أَو زَبِيبٍ، ....

وقال في فصل الثياب: قال الشَّافِعِي في «الأم»: فإن أسلم في ثوب مختلف الغزل جاز.

قال أبو حامد: وأراد به أن يكون سداه معلومًا ولحمته معلومة، وقال أصحابنا: لا يجوز، لأنه ألوان مختلفة لا يمكن ضبطها.

قال أبو حامد: وهذا خلاف النص؛ لأنه نص على الجواز في الخز، والخز من غزول مختلفة، انتهى.

وهذا خلاف ما في «الذخائر» عن تصحيح أبي حامد وفي «تجريد التجريد» بعد ما جزم بمنعه فيما عمل عليه من غير غزله بالإبريسم، ولو أسلم في ثوب مختلف الغزول، فإن يكون سداه قطنًا ولحمته كتانًا أو سداه إبريسم ولحمته صوف جاز قياسًا على ما نص عليه من الجواز في الخز مع اختلاف غزوله، ومن أصحابنا من قال: لا يجوز لأنه أخلاط كالغالية، انتهى.

قال: (**وَجُبْنٍ وَأَقِطٍ وَشَهْدٍ وَخَلٍّ تَمْرٍ أَو زَبِيبٍ**) هذا نوع ثالث كما صرح به الرَّافِعِي وغيره والمصنف عطفه على المختلط المنضبط فأوهم أنه منه.

وعبارة «المحرر» وكذا الجبن، وهي أجود من عبارة «المنهاج»: وليس الشهد مما ينضبط ركناه أصلًا كما أوهمه كلامه، وهذا النوع غير الشهد لا يقصد منه إلا الخليط الواحد والآخر لاصطلاحه كالملح للأقط والإنفحة(١) للجبن والسمك المالح من هذا النوع، بل **هُوَ نَوْعٌ رَابِعٌ، وَهُوَ الْمُخْتَلِطُ خِلْقَةً** وإلا تصح عندهما فيه الجواز كالتمر بنواه، والأصح مذهبًا أو اختيارًا المنع كما نص عليه في «الأم» وعلله بأنه لا تعرف ما فيه من العسل والشمع لقلته وكثرته وثقله وخفته، وبه جزم جماعة من العراقيين والروياني في «الحلية».

إشارة: أطلقا الجواز في الجبن، وقال الْمَاوَرْدِي: لا يجوز السلم في الجبن العتيق والقديم إذ لا حدّ له.

قلت: ولأنه بمنزلة العيب ولا يجوز السلم في المعيب كالحنطة [العتيقة]

---

(١) الإِنْفَحَة: هي كَرِش الخروف والجدي ما لم يأكل غير اللبن، فإذا أكل فكرش، وجمعها أنافح.

لَا الْخُبْزِ فِي الْأَصَحِّ عِنْدَ الْأَكْثَرِينَ، وَلَا يَصِحُّ فِيمَا يَنْدُرُ وُجُودُهُ كَلَحْم الصَّيْدِ بِمَوْضِعِ الْعِزَّةِ، وَلَا فِيمَا لَوْ اُسْتُقْصِيَ وَصْفُهُ عَزَّ وُجُودُهُ كَاللُّؤْلُؤِ الْكِبَارِ وَالْيَوَاقِيتِ

أو المسوسة وعبارة نص «الأم»، ولا خير في أن يقول: جبن عتيق ولا قديم؛ لأن أقل ما يقع عليه اسم العتيق والقديم غير محدود، انتهى.

ولا بدَّ أن تصف الجبن بصفات اللبن ويذكر مع ذلك البلد وأنه رطب أو يابس وقد يجيء هذا في الأقط والخل وغيرهما.

وأما نسبة الترجيح في الخل إلى الأكثرين فيه وقفة، فإن الغزالي نقل أن المراوزة قطعوا فيهما بالمنع، والعراقيين بالجواز.

وقلت: وممن منع ذلك فيهما من العراقيين أبو الحسن بن خيران في «اللطيف»، وأضاف إليهما خل الرطب.

قال: لاشتراك كما معه وهو قضية كلام «الحاوي» وبذلك جزم الصيمري في «شرح الكفاية» في خل التمر والزبيب.

قال: لاختلاطه بالماء، وإلى هذا ميل الإمام وإليه يرشد قول الشَّافِعِي في الشهد؛ لأنه لا يعرف ما فيه من العسل والشمع ولم أر للخل ذكرًا في «الأم».

قال: (**لَا الْخُبْزِ فِي الْأَصَحِّ عِنْدَ الْأَكْثَرِينَ**) لتأثير النار فيه تأثيرًا لا ينضبط، ورجح الإمام، والغزالي، الجواز فعليه بذكر البلد والنوع وأنه علامة، أو خشكار رطب أو يابس.

قال: (**وَلَا يَصِحُّ فِيمَا يَنْدُرُ وُجُودُهُ كَلَحْمِ الصَّيْدِ بِمَوْضِعِ الْعِزَّةِ**) لأنه عقد غرر فلا يصح إلا فيما يُوثق بتسليمه، وهذا ظاهر في المؤجل، أما الحال إذا كان في وقت وجوده بموضع ندر فيه، فلا يقال: بالصحة.

قال: (**وَلَا فِيمَا لَوْ اُسْتُقْصِيَ وَصْفُهُ**) أي: الواجب ذكره في السلم.

(**عَزَّ وُجُودُهُ**) لأنه إن استوعب الأوصاف المقصودة كالحجم والشكل والوزن والصفاء، امتنع العزة، وإلا امتنع لفقدان الشرط.

قال: (**كَاللُّؤْلُؤِ الْكِبَارِ وَالْيَوَاقِيتِ**) أي: وغمرها من الجواهر النفيسة كالزبرجد والمرجان.

وَجَارِيَةٍ وَأُخْتِهَا أَو وَلَدِهَا.

قال في «الأم»: ولا شيء من الحجارة التي تكون كليًّا، واحترز المصنف بالبحار فقد استثناها المراوزة وتبعهم الرَّافِعِي، ثم اختلفوا فضبطها أكثرهم مما يطلب للسحق والتداوي، وضبطها الشيخ أبو محمد بما وزنه بسدس دينار، وإن قصد للتحمل لعموم وجوده، والذي أطلقه العراقيون المنع من غير استثناء الصغار جزمًا منهم على ظاهر نصوص الشَّافِعِي، وتابعهم الشيخ أبو محمد في «مختصره» وعليه إطلاق المنع.

إشارات: قال الرَّافِعِي في «الشرحين»: يجوز بالكيل والوزن وهو مخالف لما سبق عن الإمام أن ما لا يعدّ الكيل فيه ضبطًا لا يصح السلم فيه كيلًا، فاختيار الرَّافِعِي مخالفٌ لاختيار الإمام ولذلك لم يذكره في «المحرر»، و«الشرح الصغير».

قال بعض الشارحين للمهذب: أطلق الشيخ جواز السلم في البلور ومعتاده الوزن.

وقال الْمَاوَرْدِي: ثم قال: وأما العقيق فلا يجوز السلم فيه لشدة اختلافه، فأشبه عليه العقيق بقافين، بالعتيق ضد الحديث.

قال: **(وَجَارِيَةٍ وَأُخْتِهَا أَو وَلَدِهَا)** أي: وعبد وابنه وأخته ونحو ذلك لأن اجتماع وصف كل منهما مع الأُخوة أو البنوة تقتضي إلى عزة الوجود، هكذا أطلقه الشَّافِعِي في «الأم»، وبه الجواز، والأصحاب جروا عليه.

وقال الإمام: لا يمتنع ذلك في الزنجية التي لا تكثر صفاتها وتابعه الغزالي وغيره، وقال في «البسيط»: فإن كانت زنجية سعى للحضانة والخدمة، فقد لا يعز وجوده، فشرط ذلك يخرج على الخلاف فيما إذا شرط الحمل للجارية، انتهى.

وقال صاحب «التعجيز»: والأمر كما قاله: الإمام، ولا منافاة بينه وبين كلام الشَّافِعِي؛ بل هو تفصيل لما أطلقه، انتهى.

قال الرَّافِعِي: وهذا مفرع على أن الصفات التي يجب التعرض لها تختلف

....

باختلاف الجواري، ولم يفصل الأئمة القول فيه؛ لكن في المنع على الإطلاق إشكال؛ لأنهم حكوا عن نصه أنه لو شرط كون العبد كاتبًا أو الجارية ماشطة، جاز إلى قوله: فليسوا بين الصورتين في المنع والتجويز، انتهى.

ولم يذكر الإمام أن كثرة الصفات في السرية واجب دون الزنجية، والظاهر أنه إذ إن الزنجية لا بدَّ من وصفها في العادة إلا الواجب، فلا يعز وجودها لعله أوصافها وتكثر الأولاد معهن ويتقارب صفاتهن قربًا بينًا، وأما المرادة للتسري فتوصف غالبًا بصفات كثيرة بخلاف غيرها مع أنه نقل فيها الولد، فينضم إلى كثرة الأوصاف عزة وجود الولد أو الأخت معها.

وتوافق قول: الإمام نقل الرُّويَانِي عن أبي إسحاق أنه يجوز السلم في جارية معها ولدها في بلد يكثر فيه الجواري ولا يبعد وجود ذلك، وضعفه وليس بضعيف إذا نزل على ما ذكرته، وهو ميسرٌ جدًا في بلاد السودان، وما دنا منها، وليس ذلك بعزيز الوجود ولا يستقصى في وصفها، وإنما يراد غالبًا الإرضاع، وأكثر السودان أشبه لولده من العرب بولده.

وعن الدَّارِمِي عن بعض شارحي «المختصر» أنه إذا أسلم في جارية وولدها، فإن كانت خسيسة يظفر بمثلها كثيرًا، وإن كانت نفيسة يعز وجود مثلها، فوجهان وهذا الثاني غريب جدًّا.

إشارة: يأتي كلام الإمام في الضأن والمعز، وأولى لكثرة الوجود والشبه، وقلة الأوصاف ولا سيما في المعز، وعلل الديلمي المنع في الجارية وولدها والبهيمة ومعها نتاجها فإن ذلك سري في الذمة متعلق بحين يخرج منها، فهو كالسلف في تمر قرية بعينها وهو غريب، فإنه لا فرق عندهم بين قوله معها ولدها أو أختها أو خالتها أو عمتها أو نحوها من القرابات كما صرح به في «الذخائر» واقتضاه كلامهم.

فرع: في الأمة والبهيمة الحامل: طريقان أصحهما المنع تعليلًا بالجهالة أو فإن الحمل مع الصفات المعتبرة نادر، وهذا أصح، وقيل: إن قلنا: الحمل

يَصِحُّ فِي الْحَيَوَانِ فَيُشْتَرَطُ فِي الرَّقِيقِ ذِكْرُ نَوْعِهِ كَتُرْكِيٍّ وَلَوْنِهِ كَأَبْيَضَ، وَيَصِفُ بَيَاضَهُ بِسُمْرَةٍ أَو شُقْرَةٍ، وَذُكُورَتَهُ وَأُنُوثَتَهُ، ....

يعلم جاز وإلا فلا، وهو محتمل وعلى المنع في الأم بأن الحمل لا يعلمه إلا الله تعالى، وأنه شرط فيها شيئًا ليس مثلها وهو سري لا يعرف، وشراؤه في بطن أمه لا يجوز لأنه لا يعرف ولا يدرى أيكون أم لا، انتهى.

وفيه تلويح بالثناء على أنه لا يعلم، وقيل: إن قلنا: لا حكم له لم يصح وإلا فقولان، ونحن على طريقة الإمام القول بالصحة في الغنم دون غيرها، وقد يجيئ في الأمة السودان في مواضع يكثر فيه، ولعله أولى من قوله: معها ولدها؛ لأن الحمل وصف تابع لا يحتاج إلى تفرد بصفات ولو أسلم في شاة لبون، فقولان منصوصان يحلهما على ما بينه الْمَاوَرْدِي إذا أراد معها لبنًا، فإن أراد مما يدر جاز قطعًا.

قال: (**يَصِحُّ فِي الْحَيَوَانِ**)؛ لأنه يثبت في الذمة ثمنًا وصداقًا غير ذلك، هذا هو المذهب. وأما حديث النهي عن السلف في الحيوان، فقال ابن السمعاني في كتابه «الاصطلام»: لم يثبت وادّعى الحاكم أنه صحيح الإسناد، والمنع قول أهل الرأي. ولنا في الطير قول سيأتي وأغرب الدَّارِمِي فحكى في باب النهي من بيع وسلف عن المروزي يعني أبا اسحاق أنه قال: لا يجوز السلم في الجواري ويعد ثبوته عند نصوص الشَّافِعِي مصرحة بالجواز.

قال الشارح: (**فَيُشْتَرَطُ فِي الرَّقِيقِ ذِكْرُ نَوْعِهِ كَتُرْكِيٍّ وَلَوْنِهِ كَأَبْيَضَ**) أي: مثلًا.

(**وَيَصِفُ بَيَاضَهُ بِسُمْرَةٍ أَو شُقْرَةٍ**) أي: لاختلاف الغرض ويذكر في وصفه بالسواد الصفاء والكدورة، ولو لم يختلف كون النوع لم يجب ذكر اللون كالزنج ونحوهم، ولو كان النوع أصناف كالتركي منه خطائي ومغلي وغيره وجب ذكره على الأطهر، وقيل: قطعًا.

قال: (**وَذُكُورَتَهُ وَأُنُوثَتَهُ**) لما سبق، والصحيح اشتراط ذكر الثيابة والبكارة في الأمة، وقيل: لا، ولم يذكره الشَّافِعِي.

وَسِنَّهُ وَقَدَّهُ طُولًا وَقِصَرًا، ....

قال في «الشامل»: قال أصحابنا لأن الثمن لا يختلف بذلك اختلافًا متباينًا، فإن كان يختلف اختلافًا متباينًا وجب ذكرها.

وفي «تجريد التجريد» قال: واجب أن يحلى العبد فيقول: أكحل وأدعج أو أفطس أو أقنى أو أسود الشعر أو أشقر، وأن الأمة بكر أو ثيب إلى غير ذلك من الخلال والأوصاف، فإن أخل بها أجزاه، ويجبر على قبول كأنه إذا لم يكن به عيب، انتهى وهو صريح في ذلك.

قال: **(وَسِنَّهُ)** أي: فيقول: ابن سبع أوعشر أو محتلم، والظاهر أن المراد بالمحتلم أول عام احتلامه أو وقته؛ وإلا فإن ابن عشرين سنة محتلم كابن عشرة، وفي النفس شيء من الاكتفاء بإطلاق ذلك، فإن ابن عشر قد يحتلم إلا بعد الخامسة عشرة، والعرض والقيمة متفاوت بذلك تفاوتًا بينًا.

قال الرَّافِعِي وغيره: والرجوع في الاحتلام أي: إلى قول العبد، وكذلك في السن إذا كان بالغًا، وإلا فهو لا شك أن ولد في الإسلام، وإلا فالرجوع إلى النخاسين، فيعتبر ظنونهم.

وحكى الْبَغَوِي وغيره أنه لا يجوز السلم في الحلب؛ لأنه لا يعرف سنه ولا يقبل قول: الحافر، وبه صدر أبو علي كلامه في «شرح التلخيص» ووجهه بأنه لا يوقف على سنه ولو عرف مولاه الكافر، فلا يصدق في قوله، ثم قال: ومن أصحابنا يجوز ويرجع إلى قول: النخاسين، وظاهر كلامه أنه لا يقبل قول السيد الكافر مطلقًا في الحلب وغيره. والرافعي وغيره أطلقوا القول، والظاهر أنه متى حصل نزاع رجع إلى النَّخاسين وأهل البصر، وإن كان السيد مسلمًا عدلًا.

وذكر ابن القَاص في «أدب القضاء» في الصفات التي يضبط بها السلم، ويذكر في الرقيق حليته واسمه وجنسه وسنه وأنه سداسي أو خماسي أو محتلم أو أمردًا أو ملتح، هذا لفظه، والظاهر أن مراده باسمه أنه عبد أو أمة، وسيأتي ما يقتضي أن منَ هذه الأوصاف ما لا يعتبر.

قال: **(وَقَدَّهُ طُولًا وَقِصَرًا)** أي: فتبين أن طويل أو قصير أو ربعه أن القيمة

وَكُلُّهُ عَلَى التَّقْرِيبِ، ....

تتفاوت به تفاوتًا ظاهرًا.

قال الرَّافِعِي: ونقل الإمام عن العراقيين: أنه لا يعتبر ذكر القد وتابعه في «الوسيط» العراقيين، فإنه يجب ذكره، ولم يتعرضوا للخلاف فيه، انتهى.

وقال الغزالي في «البسيط»: وقد تساهل العراقيون في الأوصاف، فقال: يذكر النوع والسن، ولم يعتبروا القد وهو غلط، فيعد ذكر القامة من محال الوفاق، وبالغ في تقريره والإنكار عليهم تقليد الإمامة في نقله ذلك عنهم.

وقال صاحب «التعجيز»: قال الشَّافِعِي عبدًا نوبيًّا سداسيًّا خماسيًّا، فمن الأصحاب من قال: أراد ابن خمس سنين أو ست، ومنهم من قال: أراد بالخماسي والسداسي القد، أي: يذكر أن طوله خمسة أشبار أو ستة أشبار، انتهى.

وزاد الرَّافِعِي على هذا وحكى المسعودي أن الخماسي والسداسي صنفان من عبيد النوبة معروفان عندهما، انتهى.

وحكى ابن الرِّفْعَة عن الْبَنْدَنِيجِي أن الصغير يقول، فيه رباعي أو خماسي، وأما الرجل فلا نحتاج إلى أن نذكر فيه الأسباب وزاد في «الأم» هنا ما يفهم مما نقله الإمام عن العراقيين حيث قال: وهكذا في العبيد وإلا ما يصف بنيانهم بالسير وألوانهم وأجناسهم وتحليتهم بالجعودة والسبوطة، فإن أتى على السن واللون والجنس أجزأه، وإن ترك واحد من هذا فسد السلف والتحلية أحب إليه، أي: بذكر الجعودة والسبوطة كما دلَّ عليه ساقه.

قال: **(وَكُلُّهُ عَلَى التَّقْرِيبِ)** اعلم أن عبارة الكتاب هذه يقتضي أن كل ما ذكره على التقريب ولم أره صريحًا لغيره، وعبارة «المحرر» و«الشرحين» و«الروضة» وغيرهما والأمر في السن على التقريب حتى لو شرطه كونه ابن سبع سنين بلا زيادة ولا نقصان، لم يجز لندرة، وكذا نقل الشيخ عن الأصحاب أن الأمر في السن على التقريب والظاهر أن الأمر كما قال المصنف - رَحِمَهُ اللَّهُ تعالى-: وإنما يخصوا السن بذلك كي لا يُظن أن المراد حقيقة التجديد، فغيره أولى، بأن يكون على التقريب.

وَلَا يُشْتَرَطُ ذِكْرُ الْكَحَلِ وَالسِّمَنِ وَنَحْوُهُمَا فِي الْأَصَحِّ، وَفِي الْإِبِلِ وَالْخَيْلِ وَالْبِغَالِ وَالْحَمِيرِ الذُّكُورَةُ وَالْأُنُوثَةُ، وَالسِّنُّ وَاللَّوْنُ وَالنَّوْعُ.

قال: **(وَلَا يُشْتَرَطُ ذِكْرُ الْكَحَلِ وَالسِّمَنِ وَنَحْوُهُمَا)** أي: كالدَّعج وهو شدة سواد العين، وثقل الأرداف ودقة الخصر، وكونها ممتلئة الساقين.

(فِي الْأَصَحّ) لسامح الناس بإهماله وهذا ما نسب إلى نص الشَّافِعِي، وهو ظاهر ما قدمته عنه.

والثاني: يشترط لأنه مقصود لا يؤدي ذكره إلى عزة الوجود، وتختلف القيمة بسببها وعبارة غير المصنف: وهل يشترط في الأمة ذكر الدعج والكحل وتحليم الوجه ودقة الخصر وثقل الأرداف، وما في معناه فيه خلاف، فأشار إلى تخصيص الكلام بالأمة وهو كذلك في معظم ما ذكرناه، وأما السمن فقد قال: باشتراط التعرض له الشيخ أبو محمد وجزم الْمَاوَرْدِي بوجوب التعرض في الرقيق بحال البدن، فيقولا سمينًا أو رقيقًا، وهذا هو المختار؛ لأن الأعراض والأثمان تختلف بذلك اختلافا بينًا، وكذلك سواد العين ورقها، وذلك قضية الضابط السابق، فليكن هو الأصح.

وقول «الروضة» وغيرها وسمن الجارية يقتضي أنه محل التردد، وعبارة الْمَاوَرْدِي تقتضي التعميم، وذكر الإمام أنه يجب ذكر سبطة الشعر أو جعوده.

يقال: وكان شيخنا يقول الكحل والدعج لا ينقصان عن الجعودة في الشعر والسبوطة وقد اعتبرهما الأصحاب وهو قضية ما في «التهذيب» و«الكافي» والجواب في «الروضة» وأصلها الاستحباب وهو النص في «الأم»، وقضية كلام الجمهور، والأصح والمنصوص في «الأم» أنه لا يشترط ذكر الملاحة خلافًا للشيخ أبي محمد.

قال: وتنزل على أقل الدرجات والتردد لشيخه الْقَفَّال.

قال: **(وَفِي الْإِبِلِ وَالْخَيْلِ وَالْبِغَالِ وَالْحَمِيرِ الذُّكُورَةُ وَالْأُنُوثَةُ، وَالسِّنُّ وَاللَّوْنُ وَالنَّوْعُ)** لاختلاف العرض في القيمة بها، ولو اختلف صنف النوع كما سبق في الرقيق.

وَفِي الطَّيْرِ النَّوْعُ وَالصِّغَرُ وَكِبَرُ الْجُثَّةِ.

تنبيهات: لا خفاء في أمثلة السن واللون نعم لو أضاف إلى أنعم بني فلان، وهي منقعة اللون لم يجب التعرض له، وأما النوع فنقول في الإبل كَبَخَاتِيٍّ وَعِرَابٍ، وهذا الصنف فنقول: أَرْحَبِيَّةٍ وَمُهْرِيَّةٍ أو من نعم طي أو قيس ونحوهما من كثرة عددهم وعرف نتاجهم، ولا يكفي الإضافة إلى طائفة قليلة كما سبق في القرية الصغيرة ونحوها، ومثال النوع في الخيل عربي أو تركي أو من خيل بني فلان لطائفة كثيرة.

قال الْجُرْجَانِي: وليس للبغال والحمير نتاج ينسب إليه، ونسب إلى بلدة، فيقول: مصري أو أوروبي وكذا الغنم فيقول: تركي أو كردي.

قال الْمَاوَرْدِي في الإبل: ويجب ذكر القد، فنقول: من نوع أو شرف، وكذلك الخيل فنقول: مسرعًا أو مرفوع لا بطيء.

قال: وليس للإحلال لهذا الوصف وجه لأنما مرفعه هذا في أثمانها أكثر مما يختلف أثمان الحنطة بصغر الحبات وكبرها، انتهى.

وذكر في «البحر» أنه لا يحتاج إلى ذكر القديد، قال: لأن الأثمان لا تتفاوت به، فإن العصر على خلاف العادة عيب، انتهى.

وهذا وإن ساعده عليه سكوت الجمهور، فالصحيح ما ذكره الْمَاوَرْدِي ويجب طرده في البغال والحمير والبقر، وقضية كلام الإمام الجزم به في الغنم أيضًا كما ذكرته في «الغنية» وقول الرُّويَانِي: إن التمر لا يتفاوت عجيب، ويجب التعرض في البقر لما ذكره المصنف ويزيد بقر أهلي عِرَابٍ أو جواميس، ونحو ذلك مما سبق، وكذلك الغنم [والبغال والحمير وما لا يبين نوعه] بالإضافة إلى بلدٍ أو ناحية.

قال: (**وَفِي الطَّيْرِ النَّوْعُ وَالصِّغَرُ وَكِبَرُ الْجُثَّةِ**) أي: صغر الجثة وكبرها، قال في «البحر»: قال الشَّافِعِي: ويقول فرخ أو ناهض انتهى.

واعتبر ذكر هذا في اللحم وزاد في «الوسيط» و«البسيط» ذكر اللون وتبعه صاحب «الذخائر» والمصنف في «التنقيح».

وَفِي اللَّحْمِ لَحْمُ بَقَرٍ، أَو ضَأْنٍ أَو مَعْزٍ ذَكَرٍ خَصِيٍّ رَضِيعٍ مَعْلُوفٍ أَو ضِدِّهَا

وقال: في «مسودة شرح المهذب»: كما رأيته بخطه: المشهور من جواز السلم في الطير، ويصفه بالنوع والصغر والكبر من حيث الجثة وباللون، انتهى.

فعبارة اللون غريب، وظهر في بعض الطيور حيث يختلف به القيمة والغرض المعتبر ويذكر في الحي العدد، وفي المذبوح الوزن، لكن هل يعتبر زوال ريشه وتنقية جوفه، فيه نظر؟ ثم رأيت التصريح بتنقية الجوف، وفي إزالة الريش احتمال، والأظهر الاشتراط.

إشارة: منع السلم في الطير رواه الْبُوَيْطِي وجرى عليه صاحب «المهذب».

قال المصنف: قيل من ذكر المنع؟ قيل صاحب المهذب، وقال الْبَنْدَنِيجِي لا يعلم أحدًا رواه عن الْبُوَيْطِي.

وقال الرُّويَانِي: غلطه أصحابنا وفيه نظر، وقضية كلام «التلخيص» ترجيح المنع والمشهور الجواز وطعن بعض المتأخرين؛ إلا نص للشافعي في الجواز، وعرض بالإنكار على من أنكر على الْبُوَيْطِي ولم يصنع شيئًا كما أوضحته في «الغنية». واعلم أن سكوت المصنف عن ذكر الذكورة والأنوثة هنا يشعر، فإنه لا يجب التعرض وهو بعيد في بعضها.

قال: (**وَفِي اللَّحْمِ لَحْمُ بَقَرٍ**) أي: طريًّا كان أو قديدًا مملحًا أو غيره لحم بقر.

(**أَوْ ضَأْنٍ أَو مَعْزٍ**) أي: أو غيرهما.

(**ذَكَرٍ خَصِيٍّ رَضِيعٍ مَعْلُوفٍ أَو ضِدِّهَا**) أي: ضد هذه الأوصاف لاختلاف الأعراض وهذا فيما مثّل به ونحوه، ولا يجيء في لحم الطير والسمك والصيد كما سيأتي، وقال الإمام: ولا اكتفاء في العلف بالمرة والمرات، بل لا بُدَّ أن ينتهي إلى مبلغ مؤثر في اللحم، انتهى.

والمراد صدق الاسم، وذكر بعضهم بين من ذاك العلف، ويجب أن يقول في البقر أهلي عراب أو جواميس.

وقوله: (**رضيع**) أشار به إلى ذكر الجنس، فيقول: صغير أو كبير ويصف كما ينسج على كون الغزل، ويحتاج في وصف الصبغ بعد وصف الغزل إلى

مِنْ فَخِذٍ أَو كَتِفٍ أَو جَنْبٍ، وَيُقْبَلُ عَظْمُهُ عَلَى الْعَادَةِ].

ذكر اللون وما يصنع به، والبلد الذي يصنع فيه، وأنه صبغ الصيف والشتاء، كذا قاله: الْمَاوَرْدِي.

تنبيه: ذكر أنه يشترط أن يقول: معلوف أو ضده وأطلق.

وقال الْمَاوَرْدِي: إن كان ببلد لا يختلف فيه الراعي والمعلوف لم يلزم ذكره ولا يجوز شرط العلف؛ لأنه هزال عن علة، فهو عيب مفسد لا ينضبط، ويصف الشحم بما يصف به اللحم إلا السنِّ، فلا يتعرض له، ويذكر أنه من شحم البطن أو الكُلى.

قال: (**مِنْ فَخِذٍ أَو كَتِفٍ أَو جَنْبٍ**) لاختلاف العرض بذلك.

قال: (**وَيُقْبَلُ عَظْمُهُ عَلَى الْعَادَةِ**) أي: عند الإطلاق؛ لأنه كالنوى من الثمر، فإن شرط نزعه جاز ولم يجب قبوله ولا يلزم قبول جلده إلا الجداء الصغار، والسمك، والطير.

فرع: يذكر في لحم الصيد ما يذكر في لحم غيره إلا الخصاء والعلف وضدهما. قال الشيخ أبو حامد: وابتاعه وتبين أنه صيد بأحبولة أو سهم أو جارحة وأنها كلب أو فهد، فإن صَيد الكلب أطيب.

قال في «الشامل»: إن كان ذلك يتباين ويختلف وجب شرطه، وإن كان اختلافًا يسيرًا لم يجب.

فرع: لا بدَّ في لحم الطير من ذكر النوع.

قال الْمَاوَرْدِي: ويذكر في الوحشي ما صيد به من شبكة أو فخ أو قوس، فإن لحمه يختلف به، وإن يذكر السمن أو ضده، وإن كان الطير كبير الموضع الذي يعطى منه.

قال الْعِمْرَانِي: وثاني وإن عرفت الذكورة والأنوثة وجب ذكرها.

وقال الْمَاوَرْدِي: لا يجب وإن عرفت أنه لا يختلف.

وقال في «الروضة»: إن أمكن التمييز وتعلق به غرض اشترط وإلا فلا، وفي الفرع زيادات ذكرتها في «الغنية».

قال المصنف: [وَفِي الثِّيَابِ الْجِنْسُ وَالطُّولُ وَالْعَرْضُ وَالْغِلَظُ وَالدِّقَّةُ وَالصَّفَاقَةُ وَالرِّقَّةُ ....

قال: (**وَفِي الثِّيَابِ: الْجِنْسُ**) أي: كالإبريسم أو قطن أو كتان، ويذكر النوع، وبلد النسج الكثير إن اختلف الغرض به، وقد يغني النوع عنه وعن الجنس ولا يغني هو عنهما إذا اختلف ما يعمل فيها.

قال: (**وَالطُّولُ وَالْعَرْضُ**) أي: طوله كذا ذراعًا، وعرضه كذا ذراعًا.

(**وَالْغِلَظُ وَالدِّقَّةُ**) يعني هذا، أو التوسط بخلاف.

(**وَالصَّفَاقَةُ**) فلا بدَّ أن يضيف إليها.

(**وَالرِّقَّةُ**)؛ لأن الصفيق قد يكون غليظًا.

قال الْمَاوَرْدِي: ويقول في القطن هروي أو مَروي ويذكر ما زاد من غلظ أو رقة أو وسط، فيقول: رقيق الغزل أو غليظه أو وسطه، وقوله - رَحِمَهُ اللَّهُ تعالى: والغلظ والرقة والصفاقة، والرقة كذا في «المحرر» و«تجريد التجريد» لأبي حاتم القزويني وغيره، والمراد ما بيَّناه.

قال في «المحكم»: الثوب الصفيق: المتين.

وقال الجوهري: الرقيق يقبض الغليظ، وليس في «الشرح» و«الروضة» إلا الغلظ والرقة وهي بخط المصنف بـ«الدال»، ولفظ نص «المختصر» وصفاقة أو رقة، ولم يكتف الرَّافِعِي بالصفاقة حتى يضف إليها الرقة كما سبق؛ لأن الصفيق قد يكون غليظًا.

وقال الشيخ أبو حامد: الغلظ والرقة، والصفاقة والرقة، فجعل الغليظ مقابل الرقيق، والصفيق مقابل الرقيق، والظاهر أن الغلظ والرقة يرجعان إلى الغزل كما صرح به الْمَاوَرْدِي وغيره، والصفاقة والرقة يرجعان إلى صفة النسج، وقد يستعمل الصفيق موضع الرقيق وبالعكس.

وقال الشَّافِعِي في «الأم»: والصفات في الثياب التي لا يستغنى عنها ولا يجوز السلف حتى تجمع أن يقول: لك الرجل في ثوب: مروي أو هروي أو رازي أو بلخي أو بغدادي طوله كذا وعرضه كذا صفيقًا دقيقًا أو رقيقًا.

وَالنُّعُومَةُ وَالْخُشُونَةُ، وَمُطْلَقُهُ يُحْمَلُ عَلَى الْخَامِ، ....

قال: ولم أقل صفيقًا مرسلة؛ لأن اسم الصفاقة تقع على الثوب الدقيق الغليظ، انتهى، وهذا ما نبهنا عليه ولله الحمد.

قال: (**وَالنُّعُومَةُ وَالْخُشُونَةُ**) يعني: هذا أو هذا كما سبق في غيرهما؛ لأن الأعراض والقيم تختلف باختلافهما.

إشارة: وقع في «الوسيط» ذكر اللون ولم أره في «النهاية» ولا في «البسيط» ولا غيرهما، وكذلك حذفه البيضاوي من «الغاية» وهو متعين في بعض الثياب كالحرير والقَزّ والوبر، وكذا القطن بعض البلاد فمنه أبيض ومنه أشقر خلقة، وهو نفيس، والأعراض والقيم تختلف بذلك، وإطلاق الأئمة محمول على ما لا يختلف من الكتان والقطن.

وقد قال الشَّافِعِي في السلم في القطن وسمى أبيض أو أسمر إلى أن قال: فإن ترك من هذا شيئًا واحدًا لم يجز، وذلك أن كرسف البلد أن يختلف فتلين وتخشن ويطول سعره ويقصر ويسمى لونها، هذا لفظه رضي الله عنه.

قال: (**وَمُطْلَقُهُ يُحْمَلُ عَلَى الْخَامِ**) لأن القصر صفة زائدة.

قال الشيخ أبو حامد: فإن أحضر المقصور كان أولى.

قلت: إلا أن يختلف العرض فلا يلزم القبول، والمنقول في «الشامل» وغيره عن النص أنه يعطيه ما شاء؛ لأن الاسم يتناوله والاختلاف بينهما يسير وفي «الذخائر» أثر هذا.

وقال الشيخ أبو حامد: في «التعليق» فسلم إليه خامًا غير مقصور وكذا هو في «تجريد» المحاملي، ولعل كلام أبي حامد اختلف، والحق أنه يلزمه قبول المقصور.

قال في «الأم»: فإن شرطه صفيقًا ثخينًا لم يكن أن يعطيه دقيقًا، وإن كان خيرًا منه؛ لأن الصفيق الغليظ يكون أدفًا في البرد وأكن في الحرور، وربما كان أنقى وإن كان ثمن الأدق أكثر فهو غير الذي أسلف فيه وشرطه لحاجته هذا لفظه.

وَيَجُوزُ فِي الْمَقْصُورِ، وَفِيمَا صُبِغَ غَزْلُهُ قَبْلَ النَّسْجِ كَالْبُرُودِ، ....

وقال في موضع آخر: ولو أسلفه في ثوب مروي ثخين فجاءه برقيق أكثر ثمنًا من ثخين لم ألزمه إياه؛ لأن الثخين يدفئ أكثر مما يدفئ الرقيق وربما أكثر بقاءً، ولأنه مخالف لصفته خارج منها، انتهى.

وذكر في «الْبُوَيْطِي» نحوه ولم أره في «الأم» وهو ما يقتضي إلزامه بالمقصور عند الإطلاق.

قال: **(وَيَجُوزُ فِي الْمَقْصُورِ)** أي: كالخام.

قال الأصحاب: ولا يجوز في الملبوس.

قال الشَّافِعِي رضي الله عنه: والمغسول وقيدوه بالمغسول بعد الملبس أما الجديد فيجوز؛ لأنه كالقصارة. ثم رأيته قال في «الأم» في باب السلف: في الشيء المصلح لغيره ولا بأس أن نسلمه في ثوب موصوف يوفيه إياه مقصوده قصاره معروفه أو مغسولًا غسلًا نقيًا من دقيقه الذي ينسج به، ولا خير في أن سلم إليه في ثوب قد لبس أو غسل غسلة من قبل أن يغسله غسلة بعدما ينهكه.

وقيل: فلا يوقف على هذا، انتهى.

قال: **(وَفِيمَا صُبِغَ غَزْلُهُ قَبْلَ النَّسْجِ كَالْبُرُودِ)**؛ لأنه ينسج على صفته.

قال: ويجوز في الإبراد والعناق لأن تخطيطها مضبوط، وهكذا فِي الْحِبَرَةِ وَعَصْبِ الْيَمَنِ إنْ وَصَفَهُ حَتَّى تَخْطِيطِهِ، انتهى.

وقال الشَّافِعِي في «الأم»: وكل ما أسلم فيه من أجناس الثياب إن كان وشيًا نسبه يوسفيًّا أو نجرانيًّا أو فارعًا أو باسمه الذي يعرف به، وإن كان غير وشي من العصب والحبرات وما أشبهه وصف ثوب حبرة من عمل بلد كذا دقيق البيوت أو متركًا مسلسلًا أو صفته أو حليته الذي هو جنسه وبلده، فإن اختلف عمل ذلك البلد. قال: من عمل كذا للعمل الذي يعرف به لا يجزئ في السلم دونه هذا لفظه.

تنبيهات: الخير من البرود ما كان موشيًا مخططًا، فقال: ثوب حبير وبردة حبرة نون عينه على الوحدة والإضافة، وهو برد عانى والجمع حبر وحبرات

وَالْأَقْيَسُ صِحَّتُهُ فِي الْمَصْبُوغِ بَعْدَهُ. قُلْتُ: الْأَصَحُّ مَنْعُهُ، وَبِهِ قَطَعَ الْجُمْهُورُ، وَالله أَعْلَمُ.

والعصب برود يمنية تعصب غزلها أي: تجمع والسدي[١] يصبغ وينسج، فيخرج موشيًا لبقاء ما عصب منه أبيض لم يأخذه صبغ.

وقيل: هي برودة مخططة قاله: في نهاية الغريب، وقول شارح: ويجوز في الإيراد الأعصب الثمن هذا الاستثناء غلط، وكأنه استشهد عليه كلام الْمَاوَرْدِي، ثم رأيت ما جزم به من الصحة في البرود إذا لم يكن من غزول مُخَطَّطَةٌ لا تنضبط.

قال: **(وَالْأَقْيَسُ صِحَّتُهُ فِي الْمَصْبُوغِ بَعْدَهُ)** اختاره الشيخ أبو محمد والإمام والغزالي والشاشي وظاهر كلام الْمَاوَرْدِي الجزم كمصبوغ الغزل، والغزل المصبوغ.

قال: **(قُلْتُ: الْأَصَحُّ مَنْعُهُ وَبِهِ قَطَعَ الْجُمْهُورُ، وَاَللهُ أَعْلَمُ)**.

والجواز في الأولى دون الثانية هو المنصوص في الْبُوَيْطِي، وعلل بأن الثوب إذا صبغ بعد نسجه لم يضبط صفة الثبوت وكذا نص الأم أيضًا وظاهره وسأذكره، وفرَّق النسج أبو حاتم وأتباعه وغيرهم، وبينه وبين ما صبغ غزله ثم نسج بفرقين أحدهما أنه إذا صبغ الغزل، ثم نسج أمكن معرفة الصفاقة والرقة، وسائر الأوصاف، وإذا صبغ بعد النسج لم يكن حلل أي: لأن الصبغ يسد الفرج، فلا يبين حاله، وقد يخفي بعض بقية الصفات المشترطة.

والثاني: إذا صبغ الغزل ثم نسج يكون السلم في الثوب وإذا صبغ بعد النسج فكأنه أسلم في الثوب والصبغ معًا.

قال الشَّافِعِي في «الأم» في باب السلف: في الشيء المصلح لعبرة وكلما أسلم فيه وكان يصلح شيء منه لا نعيره فلا بأس به، كما يسلم إليه في ثوب وشيء أو مبترًا أو غيرهما من صبغ الغزل؛ وذلك لأن الصبغ فيه كأصل لون الثوب في السمرة والبياض، وأن الصبغ لا يغير صفة الثوب في رقة ولا صفاقة ولا غيرها.

---

(١) السَّدَى: هو الثوب المستتر.

....

ثم قال: ولا ضير في أن يسلم إليه في ثوب موصوف على أنه يصبغه مصرحًا من قبل أنه لا يوقف على حدِّ التصريح، وإن من الثياب ما يأخذ من التصريح أكثر مما يأخذ مثله، وأن الصفقة على سببين مفرقين أحدها ثوب والآخر صبغ، فكان الثوب وإن عرفه مصبوغًا بنسجه، فالصبغ غير معروف قدره، وهو مشترى ولا خير في مشترى إلى أجل غير معروف، وليس هذا كما يسلم في ثوب عصب لأن الصبغ صفة له، وأنه لم يشتر الثوب وإلا وهذا الصبغ قائم منه قيام العمل من النسج، ولون الغسل فيه قائم لا يغيره عن صفته وإذا كان هكذا جاز، وإن كان الثوب مشترى بلا صبغ ثم أدخل الصبغ.

قيل: يستوفي الثوب ويعرف الصبغ لم يجز لما وصفت من أنه لا يعرف عن الثوب ولا قدر الصبغ، ثم ينسج ولا في الغزل المصبوغ، ونحن نمنع وجود المعنيين فيها، ثم قدمناه.

وقال الْمَاوَرْدِي: أنه إن أسلم في الثوب الأبيض على أن يصبغه لم يجز؛ لأنه عقد سلم فيه إجارة وكأنه يدل المنع على هذه، ونص «الأم» بحمله، وعلى هذا سهل الأمر لكن الذي فهم منه الجمهور ما سبق.

تنبيه: إن أراد الشَّافِعِي بالمصرح المصبوغ بعد النسج فهو نص في المسألة كما قدمناه، وإن أراد به ما ليس صنعه فالمبيع كما قاله: أهل اللغة، فلا يكون نصًا في مسألتنا وينبغي ألا يصح في هذا قطعًا في الآخر المنسوج.

فرع: لا يجوز السلم في الجباب واللحف والقلانس، نص عليه في «الأم» في القلانس، قال: لأنه لا ينضبط بخلاف الجديد.

قال الصيمري: فيجوز السلم في القميص والسراويلات إذا انضبطت طولًا وعرضًا وسعةً وضيقًا، وتابعه الْمَاوَرْدِي والروياني، وسكتا هنا في الشرح و«الروضة» عليه، وأطلق غيره القول بالمنع في «المحيط» وهو قضية قول الشيخين في كتاب «الخلع»: أنه لا يجوز السلم في الثياب المخيطة والمحشوة وافهم أنه لا خلاف فيه، والأقرب ما ذكره الصيمري ومتابعوه.

وَفِي التَّمْرِ لَوْنُهُ وَنَوْعُهُ وَبَلَدُهُ، وَصِغَرُ الْحَبَّاتِ وَكِبَرُهَا وَعِتْقُهُ وَحَدَاثَتُهُ، ....

فرع: قال الْمَاوَرْدِي وغيره: يجوز السلم في البلد والأكسية لا الزلالي المنقوشة ولا الثياب المنقوشة؛ لأنه لا ينضبط نقشها وجعلوه متعذرًا، وميل الْمَاوَرْدِي بالْقَبَاطِيِّ، والحرير والديباج.

قال ابن يونس في «شرح الوجيز» وقال الْبَغَوِي والمتولي: يجوز لأن لأهل الصبغة عبارات يستدرك بها العرض من الأوصاف، وهذا أقرب إلى قوله في «الأم»: وإن سلف في وشى لم يجز حتى تكون للوشى صفة يعرف لها أهل العدل من أهل العلم ولا خير في أن يريد خرقة ومواضعًا بها على يدي عدل يؤديه الوشي عليها إذا لم يكن الوشي معروفًا كما وصفت؛ لأن الخرقة قد تهلكه فلا يعرف الوشي، انتهى.

قال: **(وَفِي التَّمْرِ لَوْنُهُ وَنَوْعُهُ وَبَلَدُهُ، وَصِغَرُ الْحَبَّاتِ وَكِبَرُهَا وَعِتْقُهُ وَحَدَاثَتُهُ)** كأحمر ونوعه كبرني في بلدة البصري أو بغدادي، وصغر الحبات وكبرها؛ لأن الصغير الحبة أقوى وأشد وعتقه وحداثته، زاد المَاوَرْدِي ويذكر بأنه مما جفف على نخله وبعد جداده، فإن الأول أنقى، والثاني أصفى، وهل يتعرض لعتيق عام أو عامين؟

قال البغداديون: لا وينزل على مسمى العتيق إتباعًا لظاهر النص.

وقال البصريون: يجب وحملوا النص على تمر الحجاز الذي يتفاوت جمع عتقه في الرَّدَاءَةِ، ولا يختلف، وسيأتي على النص في الحنطة ما يؤده.

قال الْمَاوَرْدِي: وإن كان من تمر البصرة، فلا بدَّ أن يذكر من تمر أسافلها أو أعاليها فإن تمر الأعلى أحلى، وتمر الأسفل أنقى، ويقول من تمر فراتها أو نهرها، فإن تمر الفرات أصفى.

قال: قال أصحابنا ولا يجوز في الْمَكْنُوزَ فِي الْقَوَاصِرِ ونحوها ألا يمكن صفة استيفاء صفته المشروطة بعد كنازه.

فرع: الرطب كالتمر إلا في اشتراط العتق والحداثة ألا يكون إلا حديثًا، واعترضها الغزالي فيه وكأنه أراد الجني عن قرب وغيره.

وَالْحِنْطَةُ وَسَائِرُ الْحُبُوبِ كَالتَّمرِ.

قال الْمَاوَرْدِي: ولا يلزمه أن يأخذ فيه مدينًا إلا ما أرطب جميعه على نحله، ولا مسدوخًا ولا قديمًا قارن أن يتم.

قال: والرطب كالتمر في اعتبار الأوصاف، والعنب كالرطب، وكذا القول في سائر الفواكه رطبها ويابسها.

قال: (**وَالْحِنْطَةُ وَسَائِرُ الْحُبُوبِ كَالتَّمرِ**) أي: فيما سبق من الشروط.

قلت: وقال الشَّافِعِي في الْبُوَيْطِي يصف القمح: أبيض مدور أو أسمر مدور أو طويل، ثم قال: فإن ترك من هذا شيئًا فالسلم فاسد.

وقال في «الأم»: الجودة والدقة، وجعلها الْمَاوَرْدِي شرطًا آخر غير الصغر والكبر، فقال بعد ذكر شرط صغر الحبات وكبرها والرابع الجودة والدقة، ويعني بالجودة: أن تكون سمنته ممتلئة الجنين، والدقة ضد ذلك هزيلة ضامرة الجنين.

قال في «الأم»: ويصف الْحِنْطَةَ مِنْ صِرَامِ عَامِهَا أَمْ عَامٍ أَوَّلٍ أول، ثم قال: فإن ترك شيئًا من هذا لم يجز ونص المختصر يدل على عدم وجوب ذلك، وقال الْمَاوَرْدِي: والسادس حدبيه أو عتيقه، وفي ذكر عتق العام والعامين الوجهان السابقان في التمر، انتهى.

ونص «الأم» هنا يؤيد الاعتبار في التمر، وهو أولى؛ لأن التمر يختلف به اختلافًا بينًا كما قاله: البصريون، قال جماعة هنا: ولا يشترط مع أوصافه الحنطة في البلدان أن يذكر النوع، وشرط الْمَاوَرْدِي تبعًا للشافعي، والشيخ أبي حامد، وسواء أن نقول: محمولة أو مولودة، فإن المحمولة جيدة من المولودة التي تغيرت بما ليس به، وهذا صحيح.

فرع: لا يجوز فيما هو مستتر بكمام يمنع بيعه قطعًا، وأما الأرز في قشرتيه، فالمشهور منع السلم فيه دون بيعه، وفي فتاوى المصنف أن الأصح وفي «مشكلات» الجيلي، قال: لا يجوز بيع الأرز والمسلم فيه في القشرة العليا، ومشايخ طبرستان يفتون بجواز بيعه والسلم، وعليه الفتوى، انتهى.

وهذه عبارة «البحر» و«العدة» وتبعهم المصنف والمذهب الفرق بين البيع

وَفِي الْعَسَلِ جَبَلِيٌّ أَو بَلَدِيٌّ صَيْفِيٌّ، أَو خَرِيفِيٌّ أَبْيَضُ أَو أَصْفَرُ، وَلَا يُشْتَرَطُ الْعِتْقُ وَالْحَدَاثَةُ.

والسلم ولا يبيع جواز السلم في الباقلاء الأخضر ونحوه، والمنع هنا مفرع على المرجح في البيع.

فرع: يجوز السَّلَم في الدقيق على المنصوص خلافًا للدارمي، ويذكر فيه ما يذكر في الحب ويزيد الطحن برحى الدواب والماء، وخشونة الطحن أو نعوميته، وقرب زمانه أو بعده، قاله الْمَاوَرْدِي.

قال: **(وَفِي الْعَسَلِ جَبَلِيٌّ أَو بَلَدِيٌّ)** لأن الجبلي أطيب.

(صَيْفِيٌّ أَو خَرِيفِيٌّ، أَبْيَضُ أَو أَصْفَرُ) لتفاوت العرض والقيمة.

وذكر الْمَاوَرْدِي وغيره: أنه يذكر أنه شامي أو حجازي، جبلي أو سهلي، أو بلدي، أو صحراوي، أو شتوي، أو ربيعي، أو خريفي، أحمر، أو صيفي وبعضهم يقول: أو أصفر.

قال الْمَاوَرْدِي وتبعه الْعِمْرَانِي: وبين المرعى فإنه يقع على الْكَمُّونِ وَالصَّعْتَرِ، فيكون دواء، وَيَقَعُ عَلَى أَنْوَارِ الْفَاكِهَةِ فيكون داء، انتهى.

وَكَأَنَّ هَذَا فِي مَوْضِعِ يُتَصَوَّرُ فِيهِ رَعْيُ هَذَا بِمُفْرَدِهِ وَهَذَا بِمُفْرَدِهِ، وَفِيهِ بُعْدٌ، وينبغي ألا يكتفي بذكر كونه شامي بل لا بدَّ من تعيين الناحية منه؛ لأنه يختلف اختلافًا متباينًا باختلاف النواحي.

قال الْمَاوَرْدِي: ويذكر لونه ورقته، وأنه مع ذلك ثقيل ما رقَّ بسبب الحر، ومقتضى كلامه أنه إذا كانت رقته بطبعه من غير حر ولا عيب لا يقبل إلا إذا شرط القوة، ويقبل إذا لم يشترطها وهو مقتضى كلام الشَّافِعِي أيضًا، ولم يتعرضوا للفرق بين ما يصفى من شمعه بنفسه وبين المصفى بالأيدي وبينهما تفاوت بيِّن، وكذلك بين المصفى بالشمس، وبين ما يمس معه الماء للعصر، والقيمة تتفاوت بذلك تفاوتًا ظاهرًا.

قال: **(وَلَا يُشْتَرَطُ الْعِتْقُ وَالْحَدَاثَةُ)** قاله: الشيخ أبو حامد وتابعوه، قالوا: وذكره الشَّافِعِي وليس بشرط.

وَلَا يَصِحُّ فِي الْمَطْبُوخِ وَالْمَشْوِيِّ، ....

قلت: وقال: الْمَاوَرْدِي شرط، واقتضى كلامه أنه لا بدَّ منه وهو ظاهر، وبه أجاب أبو حاتم القزويني في «تجريد التجريد» ولكن هل يشترط بيان أنه عتيق عام أو عامين فيه الخلاف السابق في التمر وصحح صاحب «الإعجاز» اشتراط التعرض للعتق والحداثة، وهو شاهد فيما يشاهده إلا أن يكون ببعض البلاد لا يختلف وهو بعيد، وعلى تقدير وقوعه يؤدي ذلك بالتفضيل بين النواحي.

قال: (**وَلَا يَصِحُّ فِي الْمَطْبُوخِ وَالْمَشْوِيِّ**) إذ تأثير النار فيهما لا ينضبط، وقيل: إن أمكن ضبطه صح كما قيل في السُّكّر ونحوه.

قال في «الروضة»: أثر ما ذكره هنا وفي الدبس والعسل المصفَّى بالنار والسكر والفانيد واللبا وجهان، واستبعد الإمام المنع فيها كله.

قلت: وممن اختار الصحة في هذه الأشياء كلها الغزالي وصاحب «التتمة» انتهى.

وجزم في «تصحيح التنبيه» بتصحيحه وادَّعى أن نار السُّكر لطيفة وعليه مناقشات منها عبارة الرَّافِعِي، وفي الخبر وجهان قد سبقا، والدبس والسكر والفانيد كالخبز، فاقتضى سياقه أن الأصح المنع فيها كالحبز، وهو الأصح.

قال الشيخ أبو علي في «شرح التلخيص» ظاهر المذهب أن ما مسته النار وعملت فيه كالدبس والخبز لا يجوز السلم فيه، وسنذكر ما يؤيده ومنها ما نسبه إلى «التتمة» في اللبا سهو. وقال في «شرح المهذب»: الأصح في اللبا المطبوخ المنع وهو قول الشيخ أبي حامد ومن صححه صاحب «التهذيب» و«الانتصار» وقطع به أصحاب «الحاوي» و«التتمة» و«العدة».

وقال في «الشامل»: أنه أقيس، انتهى لفظه من خطه، وممن صححه الشاسي في «الحلية» وجزم به الْجُرْجَانِي، وقضية ذلك المنع في الثلاثة الأُخر من طريق الأولى، وإنما يجوز السلم فيها من يصححه في الخبز كالإمام والغزالي فاعلم.

ومنها: الوجه في العسل المصفّى بالنار الصحة وليس كالدبس والسكر،

وَلَا يَضُرُّ تَأْثِيرُ الشَّمْسِ. وَالأَظْهَرُ مَنْعُهُ فِي رُؤُوسِ الْحَيَوَانِ، ....

وقد ذكر أن تصفية العسل بالنار لا تضر في باب الربا: فهنا أولى، نعم! إن عقدت النار أجزاءه، فذاك شيء آخر. وقال بعض الشيوخ: وقول من قال: أن النار لطيفة قول: من لا عهد له بعمل السكر.

تنبيهات: في «النهاية» وجه ثالث أنه يجوز في السكر والفانيد دون الدبس وصححه في الكافي، وبه جزم ابن يونس في «محيطه» ومحل الوجهين في الدبس فيما أثرت فيه النار، ولم يصبه الماء، فإن جعل فيه ماء لم يجز السلم قطعًا، وإن لم تمسه النار ولا جعل فيه ماء جاز قطعًا.

واعلم أن إطلاق المنهاج المنع في المطبوخ والمشوي وقد يفهم أنه لا يجوز السلم في الجص والنورة المطبوخين والزجاج والخزف المشوي ونحوها، والمذهب فيها الجواز، والفحم كالآجر؛ لأن نار هذه الأشياء مضبوطة وفي ماء الورد تردد لصاحب الثوب.

وقال الإمام: أنه في غاية الضعف ولم نره لغيره، أي: بل يجوز قطعًا، وبه أجاب الْمَاوَرْدِي في الإقناع. وقال الرُّويَانِي: أنه الأصح عنده وعند عامة الأصحاب.

قال الشارح: **(وَلَا يَضُرُّ تَأْثِيرُ الشَّمْسِ)** أي: في العسل وغيره لعدم اختلافه كما سبق في الربا، وكلامه هذا يفهم أن تأثير النار تضر مطلقًا وهو موافق لترجيح المنع، وقد بيناه والحق أنه لا يضر بها في العسل والسمن ونحوهما كما ذكر في الربا وأولى.

قال: **(وَالأَظْهَرُ مَنْعُهُ فِي رُؤُوسِ الْحَيوانِ)** لاستمالها على أجناس لا ينضبط كالمتاجر والمسافر وغيرهما، ولأن غالبها الطعام ولا يقصد.

والثاني: الجواز كاللحم والفرق ما أشرنا إليه والخلاف في المنقاة من الشعر والصوف وهي فيه، وأطلق جماعة الحلاف من غير تعرض للتنقية من الشعر وغيره وهو ظاهر النص والأكارع كالرؤوس، قيل: وأولى بالجواز وقيل بالمنع قطعًا.

وَلَا يَصِحُّ فِي مُخْتَلِفٍ كَبُرْمَةٍ مَعْمُولَةٍ وَجِلْدٍ وَكُوزٍ وَطَسٍّ وَقُمْقُمٍ وَمَنَارَةٍ وَطِنْجِيرٍ وَنَحْوِهَا.

إشارة: ننبه أن نجزم بالصحة في روس العصافير خاصة؛ لأن أدمغتها يُراد للتداوي بها ولا يراد منها غيرها من لحم ولا غيره، ويكون كالجوز والبندق.

قال: (**وَلَا يَصِحُّ فِي مُخْتَلِفٍ كَبُرْمَةٍ مَعْمُولَةٍ**) أي: كذلك لتعدد الضبط، وسيأتي بيان ما فيه وفي نظائره من الخلاف، واحترز بذلك عن المصنونة وهذا القند معتبر في اللوز وما تبعده مما ذكره.

قال: (**وَجِلْدٍ**) هكذا أطلقه الشَّافِعِي في «المختصر» و«البويطي»، وقال في «الأم»: ولا يجوز السلف في جلود الإبل والبقر ولا أهب الغنم ولا جلد ولا إهاب من رِقٍّ ولا غيره ولا يباع إلا منظور إليه؛ لأنه لا يكون معلومًا نصفه بحال.

وقال الرَّافِعِي مستدلًا لجوازه في الأسطال المربعة مما يجوز في مربعات الصرم وقطع الجلود وزنًا ولا يجوز في الجلود على هيئاتها لتفاوتها دقة وغلظًا وتعدد ضبطها وحذفت الروضة هذا كله، وما ذكره في المربعات هو أحد الوجهين في الحاوي والنهاية وغيرهما وبالجواز إذا أجاب القاضي أبو حامد وأبو الفياض والفوراني والبغوي والخوارزمي وصححه الإمام والغزالي على هذا، فلا بدَّ من ذكر الطول والعرض والوزن وجزم الأكثرون بالمنع وهو ظاهر النصوص التفاوت أيضًا، وممن عزى المنع إلى الأكثرين الروياني في «الحلية» ويأتي في الرَّق المربع هذا الخلاف، وبه صرح في «الذخائر».

إشارة: القياس الظاهر جوازه في قصاصته الجلود التي يتخذ منها الفراء، ولا ينفع لغيره، ويحمل كلام الأئمة على غيرها مما يقصد استعماله مع بقائه جلدًا؛ ولعله مراد الرَّافِعِي بقوله: وقطع الجلود ولا ينقدح فيه خلاف بعد وصفها بما تعرف به.

قال: (**وَكُوزٍ وَطَسٍّ وَقُمْقُمٍ وَمَنَارَةٍ وَطِنْجِيرٍ وَنَحْوِهَا**) وهذا أحد الوجهين في التزام وغيرها من الأواني المختلفة مما ذكره وهو اختيار الشيخ أبي حامد، وعليه اقتصر الرَّافِعِي والمصنف، والثاني وهو اختيار القاضي أبو الطيب،

وَيَصِحُّ فِي الْأَسْطَالِ الْمُرَبَّعَةِ ....

والأوضح عند الرُّويَانِي وغيره وجزم به في «الحلية»، ونقله القاضي أبو الطيب عن نصه في «الأم» أنه يصح، وغلط من قال بخلافه.

قلت: ولفظ «الأم» ولا بأس أن يسلفه في طست أو إبريق من نحاس أو رصاص أو حديد إلى أن قال: وكذلك كل إناء من جنس واحد ضبطت صعته فهو كالطست والقمقم.

قال: ولا بأس أن تباع صحافًا وأقداحًا من نحو معروف وبصفة معروفة وذكر نحوه في «الْبُوَيْطِي» مختصرًا، أو قال الشيخ أبو حامد: أن نص «الأم» اختلف، أشار في موضع إلى الجواز، وفي موضع إلى المنع، والأول محمول على مالا يختلف كالطسوت التي تستوي حيطانها؛ فإنه إذا ذكر القامة والدَّور والثخانة والدقة وبقية الأوصاف جاز.

والثاني: محمول على ما لا يختلف، والخزف فيما ذكرناه كالنحاس.

وقال الْمَاوَرْدِي: يحتاج إلى سبعة أوصاف الجنس والنوع واللون، وأنه مصبوب أو مضروب، وأن يذكر شكله وسعته وعلوه وأن يذكر ثخانته أو رقته وإن يصف عمله وصنعته، انتهى.

والظاهر أنه موافق لأبي حامد، وكذا حكى عنه لا لأبي الطيب كما زعمه شارح. قال الْمَاوَرْدِي: ويذكر في القوارير الأوصاف المذكورة خلا الصبّ والنفخ؛ لأنها لا تعمل إلا صبًا أو نفخًا، ولا يجوز السلم فيها مخروطة ولا منقوشة لعدم انضباطها، وإذا صححنا السلم فذكر مع وصفها، وزنها وهو أولى، وإن تركه جاز نص عليه وقطع به أصحاب «الحاوي» و«الشامل» و«البيان» وغيرهم، قاله: في «شرح المهذب».

قال: **(وَيَصِحُّ فِي الْأَسْطَالِ الْمُرَبَّعَةِ)** أي: بعدم اختلافها والتربيع ليس بشرط بل المدورة، وكذلك كما اقتضاه كلام الشيخ أبي حامد وغيره وكلما لا يختلف من ذلك مضروبًا كان أو مصحوبًا كما صرح به الْمَاوَرْدِي، وفي «الذخائر» عن الشيخ أبي حامد أنه قال: لا يجوز في الأسطال المدورة

وَفِيمَا صُبَّ فِي قَالِبٍ، وَلَا يُشْتَرَطُ ذِكْرُ الْجَوْدَةِ وَالرَّدَاءَةِ فِي الْأَصَحِّ ....

والمراجل وزعم هو وغيره ما قدمته، وهو قضيته في «النهاية» و«البيان» وغيرهما، وكلام «البيان» مصرح به وهو الصواب.

قال: **(وَفِيمَا صُبَّ فِي قَالِبٍ)** أي: فسيح التعلم فيها مع اختلافها كما سبق؛ لأن الوصف محيط بها ولها قوالب معروفة ولا يعد الضمير إلى الأسطال فقط، بل إلى جميع ما سبق هذا قضية كلامهما وصرح به غيرهما، وقضية إطلاق «البيان» وغيره أنه لا فرق في المختلف بين المصبوب وغيره في أنه لا يجوز عند الشيخ أبي حامد ويجوز عند القاضي أبي الطيب.

فرع: ما لا ولا يجوز في الحسب المخروط لاختلاف أعلاه وسفله قضيته منع السلم في المسامر المخروطة من الصفر ونحوها، والظاهر أنه مفرعة على طريقة أبي حامد في المنع فيما سبق ويحتمل غيره.

قال: **(وَلَا يُشْتَرَطُ ذِكْرُ الْجَوْدَةِ وَالرَّدَاءَةِ فِي الْأَصَحِّ)** أي: في كل ما يسلم فيه مما ذكره وغيره ويحمل مطلقه على الجيد للعرف، وقال العراقيون: يشترط.

قال الرَّافِعِي: وهو ظاهر النص: قال الشيخ في «الروضة»: بل نص عليه في «الأم» نصًا صريحًا في مواضع، قال: وهو مبين في «شرح المهذب»، انتهى.

والمنصوص في «الأم» في مواضع نصًا صريحًا اشترط أن يذكر جيدًا أو رديئًا أو وسطًا، وتبعه الْمَاوَرْدِي على بيان الوسط بين الجيد والرديء.

تنبيه: قال بعض شيوخ العصر: ما صححاه صحيح إن فسرت الجودة بالسلامة من العيوب، وإنْ فسرت بزيادة على ذلك لم يصح، بل لا بُدَّ من التعرض لها كما اقتضاه النص، وأما الرداءة فهل يجوز ذكرها.

الحق أن رداءة النوع يجوز ذكرها قطعًا، بل يجب وأن رداءة العيب فيها خلاف، والأصح أنه لا يجوز ذكرها، ولا خلاف أن ذكرها بعينها ليس بشرط.

ومقتضى كلام الرَّافِعِي عكس هذا أن رداءة العيب لا يجوز قطعًا، وفي رداءة النوع خلاف، وأن الأكثرين على الجواز.

وقال النووي: أن الإمام قال ببطلانه، والذي رأيته في «النهاية» الجواز في

وَيُحْمَلُ مُطْلَقُهُ عَلَى الْجَيِّدِ، ....

رداءة النوع والمنع في رداءة الوصف.

قال: وإنما رجحت ما قتله؛ لأن في الْبُوَيْطِي أنه يصف بالجودة والوسط، ولا يجوز أن شرط أنه الرديء ما يقع على حده، وقيل: يجوز السلف في الرديء فحصل في جواز اشتراط الرديء قولان، والمراد لهذا رداءة العيب لأمرين: لقوله: «لا يقع على حده»؛ لأن رداءة النوع مثلوها بالجعرور، ومصران الفأرة، وشبههما من التمر، ولا نزاع في أن التعرض للنوع واجب، فكيف يقال: أن رداءة النوع لا يجب ذكرها، وهذا لا يخفى على متأمل ويجوز أن يقال: أن رداءة الوصف غير رداءة العيب فقد يكون أمرًا زايدًا من السلامة من العيوب، فإذا فسرت بانتفاء ذلك الوصف أمكن أن ينزل عليه الخلاف المذكور في الْبُوَيْطِي ويحرم في المعيب في البطلان فتصير الرداءة ثلاثة أقسام:

رداءة النوع: وذكرها شرط قطعًا يذكر ذلك النوع، وذكر رداءة العيب، وذكرها مفسد، وذكر رداءة الوصف، وهي محل الخلاف، فإن صح ذلك كان الأصح في رداءة الوصف الاشتراط، ويوافقه قول الشيخ أبي حامد: والرديء شرط وليس المراد به العيب وإنما المراد به الدون، وعلى هذا يجب ذكر الجودة والرداءة بعد ذكر النوع وهو قضية إطلاق العراقيين، وتجويز الشَّافِعِي اشتراط الوسيط بين الجيد والرديء، ويكون الشرط واحدًا من الثلاثة، انتهى.

وقال فيما شرحه من المنهاج: ذكر الجودة لا يضر قطعًا وإطلاق اشتراطها، فإن فسرت بالسلامة من العيوب فلا حاجة إلى اشتراطها أو بالزيادة على ذلك، فقد لا يتعلق به غرض فلا حاجة إلى ذكره، وأما الرداءة، فإن أُريد بها زكاة النوع كالجعرور فيجوز بل يجب قطعًا، وإن أريد زكاة العيب فذكرها مفسد، وإنما بحسن الخلاف في رداءة الوصف إن كانت خارجة عن النوعين، وحينئذ ينبغي أن يكون الأصح في شرط الوجود، فإن فرض أن الأغراض تختلف بذلك، فتكون الأصح فيهما الاشتراط، وإذا ثبت ما قاله: الشَّافِعِي من الوسط، فيكون الشرط الجودة أو الرداءة أو الوسط.

وقول الرَّافِعِي والمصنف: **(وَيُحْمَلُ مُطْلَقُهُ عَلَى الْجَيِّدِ)** إن أريد السلم

وَيُشْتَرَطُ مَعْرِفَةُ الْعَاقِدَيْنِ الصِّفَاتِ، وَكَذَا غَيْرُهُمَا فِي الْأَصَحِّ.

ناقص ما جعلناه محل الخلاف، وإن أريد به ترتبه زايده فما دليل وجوبها.

والواجب عند الإطلاق السلامة والعيب، والعيب المنضبط يجوز شرطه لقطع اليد والعمى ونحوه، والعيب الذي لا ينضبط كلام الشَّافِعِي والأصحاب مصرح، فإنه لا يجوز شرطه وإن شرط الأجود لم يجز.

وقيل: على قولين، وإن شرط الأردأ فقولان أصحهما عند الرَّافِعِي وغيره الجواز، وعند الرُّويَانِي المنع، انتهى.

قلت: وممن جزم بوجود التعرض للجودة من الخراسانيين الْمُتَوَلِّي ومن أتباعهم ابن يونس في محيطه، قال: لأن المالكية تختلف باختلافهما ولا شك عندي أن مراد من اعتبر ذلك جودة الوصف وردائته فحل نوع فيه جيد ورديء بالنسبة إليه يعرفه أهل العرف وتتفاوت القيم به.

ولهذا قال الدَّارِمِي: جيد أو رديًا على العرف، وهذا الخلاف قريب من الخلاف فيما إذا اختلف صنف النوع في الحيوان هل يجب التعرض له.

وقول: الشيخين ومطلقه عمل على الجيد كلام مطلق يجب تأويله، وقد ذكرت في «الغنية» ذلك زيادة يطول ذكرها، والله أعلم.

قال: (**وَيُشْتَرَطُ مَعْرِفَةُ الْعَاقِدَيْنِ الصِّفَاتِ**) أي: فلو جهلها أحدهما لم يصح كالبيع، وسنوضح ذلك.

قال: (**وَكَذَا غَيْرُهُمَا فِي الْأَصَحِّ**) أي: المنصوص ليرجع إليه عند التنازع، والثاني: لا وحمل النص على الاحتياط فعلى الأول، هل يعتبر فيها الاستفاضة أم تكفي معرفة عدلين غيرهما من أهل الحيرة وفيه وجهان، أصحهما الثاني وهو المنصوص في «الأم»، ويجري فيما إذا لم يعرف المحال ونحوه الأعدلان. واعلم أن المتبادر من كلام الشيخان وغيرهما أنه لو عرف معهما الصفات هناك عدلان فقط كفى.

وقال الشيخ أبو علي السنجي في شرح التلخيص: قال الشَّافِعِي: وأقل من يعرف ذلك عدلان من أهل الصنعة.

فَصْلٌ: لَا يَصِحُّ أَنْ يُسْتَبْدَلَ عَنْ الْمُسْلَمِ فِيهِ غَيْرُ جِنْسِهِ وَنَوْعِهِ، وَقِيلَ: يَجُوزُ فِي نَوْعِهِ وَلَا يَجِبُ ....

قال أصحابنا: لم يُرِد عدلين معينين لا يعرفه غيرهما؛ لأنه لو كان كذلك لم يجز لاحتمال أن يموتا أو أحدهما أو يغيبا في وقت المحل فيتعذر معرفته، ولكن المراد أن يوجد إيذاء في الغالب ممن يعرف ذلك عدلان أو أكثر، فحينئذٍ يجوز، انتهى لفظه، وهو من النفائس، قلَّ من يتفطن له.

فإن **قلت**: ما معنى قولهم معرفة الصفات، هل هو أن يعرفها عند المعاينة أو يعرفها ولو بالوصف؟

قلت: أما العاقد فكلامهم يقتضي أن تكفيه المعرفة إجمالًا، ولو بالسماع ولهذا صحح سلم الأعمى واحتج له العراقيون بصحة سلم البصر فيما لم يشاهده، وأنه لم يقل أحد أنه لا يجوز لأهل بغداد السلم في الموز لأنهم لم يروه، ولا أهل خراسان في الرطب لعدم رؤيتهم له، وأما العدلان فالظاهر أنه لا بُدَّ من معرفتهما ذلك عن معاينة وإحاطة، ليرجع إليهما عند التنازع، وإليه يشير النص ولا شك فيه، وإنما **قلت**: الظاهر لأني لم أره نصًّا صريحًا.

قال: (فَصْلٌ: **لَا يَصِحُّ أَنْ يُسْتَبْدَلَ عَنْ الْمُسْلَمِ فِيهِ غَيْرُ جِنْسِهِ وَنَوْعِهِ**)؛ لأنه بيع للمبيع قبل قبضه، وسبق أنه لا يصح وفيه حديث ضعيف.

قال: (**وَقِيلَ يَجُوزُ فِي نَوْعِهِ**) كالتمر المعقلي عن البرني، والزبيب الأسود عن الأحمر، كما لو اتحدت أنواع واختلفت الصفة.

قال: (**وَلَا يَجِبُ**) أي: قطعًا، قيل: يجب قبول نوعه وليس بشيء، وكلام «الأم» يقتضي أن في الجواز قولين، وإن أرجحهما الجواز وصححه القضاة الْبَنْدَنِيجِي والماوردي والروياني. وقال الدَّارِمِي: يجوز قبوله.

وقال: ابن الْقَطَّان قولان، انتهى.

فجعل في الجواز طريقين أحدهما القطع به، وبه أجاب الصميري، واقتضاه كلام الشيخ أبي حامد والمحاملي في «التجريد» والجرجاني وغيرهم حيث قصروا الخلاف على الوجوب، والحاصل فيه طريقان أصحهما القطع بالمنع.

قَبُولُهُ، وَيَجُوزُ أَرْدَأَ مِنَ الْمَشْرُوطِ وَلَا يَجِبُ، وَيَجُوزُ أَجْوَدُ أَو يَجِبُ قَبُولُهُ فِي الْأَصَحِّ. وَلَوْ أَحْضَرَهُ قَبْلَ مَحِلِّهِ فَامْتَنَعَ الْمُسْلِمُ مِنْ قَبُولِهِ لِغَرَضٍ صَحِيحٍ بِأَنْ كَانَ حَيَوَانًا أَو وَقْتَ غَارَةٍ لَمْ يُجْبَرْ، ....

وقيل: وجهان اثنان إذا جوزنا، وهو المختار.

قال الْمَاوَرْدِي: إن كان النوع الذي أعطاه خيرًا مما يستحقه أجبر المسلم على قبوله، وإن كان دونه فلا، وله قبوله.

قلت: والإجبار بعيد لما قدمناه، ولا سيما عند تباعد النوعين كالضأن عن المعز. ولو قيل: إنه إن تقاربا كالثمر أجاز، وإن تباعدا فلا، كالضأن والمعز.

قال: **(قَبُولُهُ، وَيَجُوزُ أَرْدَأَ مِنَ الْمَشْرُوطِ)** لأنه مسامحة نصفه كما يجوز دفع الأجود؛ لأنه مسامحة نصفه، وحكم العاري عن بعض الصفات المشروطة حكم الرديء، ورأيت في «الإبانة» قبيل باب السلم أنه لا يجوز قبول الرديء في السلم؛ لأنه استبدال، ولم يذكر سواه.

قال: **(وَلَا يَجِبُ)** أي: قبوله؛ لأنه دون حقه، والأرداء مهموز.

قال: **(وَيَجُوزُ أَجْوَدُ)** لما سبق، ولم يطرد الْفُورَانِي مقالته فيه.

قال: **(أَوْ يَجِبُ قَبُولُهُ فِي الْأَصَحِّ)** لأن الجودة بالغة لا يمكن فصلها ولا ضرر في قبولها، وقد لا يجد غيره، والثاني: لا يجب للمنة، وربما كانت زيادة الجودة خيرًا من كثير من زيادة القدر في صور كثيرة، ولو تراضيا على مقابلة الجودة بعوض لم يجز خلافًا لأبي حنيفة.

قال: **(وَلَوْ أَحْضَرَهُ قَبْلَ مَحِلِّهِ فَامْتَنَعَ الْمُسْلِمُ مِنْ قَبُولِهِ لِغَرَضٍ صَحِيحٍ بِأَنْ كَانَ حَيَوَانًا)** أي: يحتاج إلى علف، قاله: في «المحرر» وليجبر على قبوله عما لو قصرت مدة الأجل.

(أَوْ وَقْتَ غَارَةٍ) وإن عقداه في وقتها.

(لَمْ يُجْبَرْ) بمؤنة العلف ونحوها، وخوف النهب في الغارة وفي «الإبانة» أنه لو كان النهب والغارة عند العقد موجودًا هل يلزمه القبول؟ فيه وجهان، انتهى.

وقضية إطلاق الشيخين وغيرهم ما قدمناه، وقد يقال: إن كانت الغارة

وَإِلَّا فَإِنْ كَانَ لِلْمُؤَدِّي غَرَضٌ صَحِيحٌ كَفَكِّ رَهْنٍ أُجْبِرَ، ....

والنهب هناك يكثر في غالب الأوقات وجب القبول وإلا فلا، ومن الأعراض أن يكون ثمرة أو لحمًا يريد أكلهما عند المحل، أو يحتاج إلى مؤنة للحفظ أو للمدعي وغيرها، ولو كان له سوق ينتظر زيادة السعر، فوجهان في «الحاوي».

قال: (وَإِلَّا) أي: وإن لم يكن للمسلم عرض صحيح في امتناعه.

(فَإِنْ كَانَ لِلْمُؤَدِّي غَرَضٌ صَحِيحٌ كَفَكِّ رَهْنٍ) أي: وتخليص ضامن أو خوف الانقطاع عند المحل وجه. **قال**: وكذا الغرض التركة في الأظهر لما سبق من تعينه، ولأن الأجل حق للمدين وقد أسقطه، والثاني: لا يجبر للمنة، ومقتضى كلام الإمام في آخر باب النهي عن بيع وسلف أنه الصحيح، وإن تقابل غرض المبيع والمؤدي فأصح الطريقين أن المرعى جانب المستحق.

والثانية: أنهما يتساقطان، ويجزئ القولان.

تنبيهات وفروع: حيث اخترنا قاصر على الامتناع أخذه الحاكم، وبرئ المدين، وجهان.

حكم سائر الديون المؤجلة فيما ذكرناه حكم المسلَّم فيه والمرعى في قبول الحق قبل محلّه يبذل المدين عرض المستحق، وبعد محله عرض الديون، ولو كان مسلم حالًّا فإن كان للمؤدي عرض سوى البراءة.

(أُجْبِرَ) المستحق على القبول بلا خلاف، ونقل ابن الرِّفْعَة في «المطلب عن النهاية» خلافًا وهو سهو منه، وكأنه التبس عليه، وإن لم يكن للمؤدي غرض فطريقان أصحهما يجبر على القبول أو الإبراء.

والثانية: أنه على القولين؛ لأنه يقول الحق لي فأُؤخره إلى أن أشاء، وأما المكان إذا شرطه أو أطلق، وقلنا: يصح، ويحمل على موضع العقد، فأتى به في موضع غيره فحكمه حكم ما مضى في الزمان، وسيأتي بيانه إذا أخبرناه في الحال فقط، وادعى المسلَّم إليه أنه حالّ، وقال المسلم: مؤجل، ففي آخر الضمان من «البحر» عن والده احتمال وجهين بناء على تعقيب الإقرار بالتأجيل، انتهى.

وَكَذَا لِمُجَرَّدِ غَرَضِ الْبَرَاءَةِ فِي الْأَظْهَرِ.

وَلَوْ وَجَدَ الْمُسْلِمُ الْمُسْلَمَ إِلَيْهِ بَعْدَ الْمَحِلِّ فِي غَيْرِ مَحَلِّ التَّسْلِيمِ لَمْ يَلْزَمْهُ الْأَدَاءُ إِنْ كَانَ لِنَقْلِهِ مُؤْنَةٌ، ....

(وَكَذَا لِمُجَرَّدِ غَرَضِ الْبَرَاءَةِ فِي الْأَظْهَرِ) وهو ظاهر إذا اختلفا في ثبوت الدين مطلقًا من غير تشبه إلى عقد، أما لو اتفقا على الأجل واختلفا في حلوله فهل يجري الاحتمالان أم يجزم بتصديق المستحق إذ الأصل بقاء الأجل اختار ابن الرِّفْعَة الثاني، ونسبه إلى المسلف، والسلف إليه من «الأُم» والذي في «الأم» إنما هو بالعكس.

إذا ادَّعى المستحق انقضاء الأجل ولا إشكال فيه، ولا يبعد جريان الاحتمالين في مسألة الرُّويَانِي، وأطلق الشيخ أبو حاتم القول بأنهما إذا اتفقا في الأجل واختلفا في مضيه صدق مدعي بقاءه للأصل، ولو اختلفا في صدور العقد هكذا، فالظاهر أنها من صور التحالف.

قال ابن الرِّفْعَة: إلا أن يقال إنما يكون التحالف إذا ادَّعى المسلم إليه التأجيل، والمسلم الحلول؛ لأن الأجل يقابله قسط من الثمن، وما نحن فيه عكسه. واعلم أن قضية إطلاق المصنف وغيره يقتضي أنه إذا أحضر المسلم في محله على الصفة المشروطة أو أجود يلزم المسلم قبوله مطلقًا، واستثنى من ذلك ما إذا كان على المسلم ضرر في قبوله كما لو أسلم إليه في عبدًا أو أمة فأحضر فرعًا وأصلًا له أو زوجته أو زوجها فإنه لا يلزم قبوله، ولو جاءه بأخته أو عمته ونحوهما فوجهان:

وجه المنع: أن من الحكام من نصفه عليه، ولينظر فيما لو أتاه بمن كان أقرَّ بحريته أو شهد بها فرد أو لم يحمل البينة.

قال: **(وَلَوْ وَجَدَ الْمُسْلِمُ الْمُسْلَمَ إِلَيْهِ بَعْدَ الْمَحِلِّ)** أي: بكسر الحاء.

(فِي غَيْرِ مَحَلِّ التَّسْلِيمِ) أي: بفتح الحاء على المشهور، وهو مكانه.

(لَمْ يَلْزَمْهُ الْأَدَاءُ إِنْ كَانَ لِنَقْلِهِ مُؤْنَةٌ) لعدم التزامه بخلاف ما لا مؤنة لنقله كالدراهم والدنانير.

وَلَا يُطَالِبُهُ بِقِيمَتِهِ لِلْحَيْلُولَةِ عَلَى الصَّحِيحِ، وَإِنْ امْتَنَعَ مِنْ قَبُولِهِ هُنَاكَ لَمْ يُجْبَرْ إِنْ كَانَ لِنَقْلِهِ مُؤْنَةٌ، أَو كَانَ الْمَوْضِعُ مَخُوفًا، وَإِلَّا فَالْأَصَحُّ إِجْبَارُهُ].

وأشار الإمام إلى خلاف فيه، ويشبه أن يقال: إن لم يكن لنقله مؤنة لقلته كالدراهم المتيسرة، وعدم الكلفة عليه في ذلك أجبر وإلا فلا.

قال: (**وَلَا يُطَالِبُهُ بِقِيمَتِهِ لِلْحَيْلُولَةِ عَلَى الصَّحِيحِ**) إذ أخذ العوض هنا ممنوع؛ ولكن له الفسخ واسترداد رأس ماله كحالة الانقطاع، والثاني: نطالبه بها؛ لأنه ليس بعوض حقيقي إذ لو اجتمعا في المكان المعتبر أمن رد القيمة وأخذ المسلم فيه.

قال: (**وَإِنْ امْتَنَعَ مِنْ قَبُولِهِ هُنَاكَ**) أي: غير محل التسليم.

(**لَمْ يُجْبَرْ إِنْ كَانَ لِنَقْلِهِ مُؤْنَةٌ، أَو كَانَ الْمَوْضِعُ مَخُوفًا**) لما فيه من الضرر، فإن رضي فأخذه لم يجب له مؤنة النقل، ولو بدلها له لم يجز قبولها؛ لأنه كالاعتياض.

قال: (**وَإِلَّا**) أي: وإن لم يكن لنقله مؤنة، ولا كان الموضع مخوفًا.

(**فَالْأَصَحُّ إِجْبَارُهُ**) هذا الخلاف مبني على القولين السابقين في التعجيل قبل المحل والتوجيه ما سبق.

قال الشارح: (فَصْلٌ [في القرض]:

الْإِقْرَاضُ مَنْدُوبٌ) لقوله ﷺ: «**مَنْ نَفَّسَ عَنْ مُؤْمِنٍ كُرْبَةً مِنْ كُرَبِ الدُّنْيَا نَفَّسَ اللَّهُ عَنْهُ كُرْبَةً مِنْ كُرَبِ يَوْمِ الْقِيَامَةِ**»[(١)] رواه مسلم.

وفي صحيح ابن حبان مرفوعًا: «**من أقرض الله مرتين كان له مثل أجر أحدهما لو تصدق به**»[(٢)].

وروى البيهقي مرفوعًا: «**قرض الشيء خير من صدقته**»[(٣)].

وروي في هذا الباب غير هذا.

---

(١) أخرجه مسلم (٧٠٢٨).

(٢) أخرجه ابن حبان (٥٠٢٨).

(٣) أخرجه البيهقي (٢/ ٩٨).

قال المصنف: [وَصِيغَتُهُ أَقْرَضْتُكَ أَو أَسْلَفْتُكَ أَو خُذْهُ بِمِثْلِهِ، أَو مَلَّكْتُكَهُ عَلَى أَنْ تَرُدَّ بَدَلَهُ، وَيُشْتَرَطُ قَبُولُهُ فِي الْأَصَحِّ].

إشارة: يستثنى من يديِّنه ما إذا علم من حال المقترض أنه ينفقه في معصية أو مكروه، وقد يحرم في القسم الأول إذا غلب على ظنه ذلك؛ لأنه أعانه على معصيته.

قال: (**وَصِيغَتُهُ أَقْرَضْتُكَ أَو أَسْلَفْتُكَ**)، صريحان إلا أن يجهل أحدهما معنى أسلفتك ففيه وقفة، (**أَوْ خُذْهُ بِمِثْلِهِ**) الصيغة كتابة في البيع.

وقيل: صريح وجزموا هنا بصحة القرض بها، والظاهر أنها كناية هنا، وينبغي أن يجري فيها الخلاف في انعقاد البيع بالكناية.

فإن قلت: هي مترددة بين صيغتي البيع والقرض.

قلت: إن جعلناها كناية فسهل؛ لأن النية مخصصة، ويبعد جعلها صريحًا.

قال: (**أَوْ مَلَّكْتُكَهُ عَلَى أَنْ تَرُدَّ بَدَلَهُ**)، وفي كونه كناية ما سبق، ولا يحتمل البيع هنا بجهالة البدل.

تنبيهات: ليست الصيغة منحصرة فيما ذكره، فلو قال: خذه واصرفه في حوائجك وردَّ بدله، وما أشبه ذلك، كان قرضًا، وفي انعقاده بالمكاتبة ما سبق في البيع، وأولى بالصحة، وكتابة الأخرس كنطق غيره.

وقوله: (خذه بمثله)، إن قلنا: إنه يضمن بمثله مطلقًا فذاك، وإن قلنا: المتقوم يضمن بالقيمة، فيحتمل أن يقال: بالصحة، لما سيأتي في فرض الجبر، ويحتمل أن يقال: بالفساد؛ لأنه ينافي مقتضاه، ولو قال: خذه.

قال ابن الرِّفْعَة: فالذي يظهر أنه لا يملك التصرف.

قلت: إلا إن سبقه استحباب، ولو قال: خذه وتصرف فيه لنفسك أو ازرعه لنفسك، فهل يكون قرضًا أو هبة؟ وجهان للقفال.

قال: (**وَيُشْتَرَطُ قَبُولُهُ فِي الْأَصَحِّ**) كسائر المعاوضات.

والثاني: لا لأنه إتلاف بعوض، فلا يستدعي قولًا، ورجحه الإمام.

وَفِي الْمُقْرِضِ أَهْلِيَّةُ التَّبَرُّعِ، وَيَجُوزُ إِقْرَاضُ مَا يُسْلَمُ فِيهِ
إِلَّا الْجَارِيَةَ الَّتِي تَحِلُّ لِلْمُقْتَرِضِ فِي الْأَظْهَرِ، ....

وقال الْمُتَوَلِّي: الإيجاب والقبول ليس شرط؛ بل إذا قال: أقرضني كذا أي: فأعطاه إياه أو بعث إليه رسولًا فبعث إليه المال صح القرض، انتهى.

والإجماع الفعلي عليه وهو الأقوى والمختار، ومن اختار صحة البيع بالمعاطاة كالمصنف قياسه اختيار القرض لها وأولى بالصحة.

قال: *وَفِي الْمُقْرِضِ أَهْلِيَّةُ التَّبَرُّعِ*) لأنه نوع تبرع منجزٍ، فلا يرد تدبير السفيه ووصيته فإنهما يصحان منه دون الإقراض والتبرعات الناجزة، نعم وقد يرد تبرعه بمنفعة بدنه كما سيأتي بيانه، وسيأتي الكلام في فرض مال المحجور في بابه.

قال: **(*وَيَجُوزُ إِقْرَاضُ مَا يُسْلَمُ فِيهِ*)** أي: لصحة ثبوته في الدقة، والمراد نوعه وإلا فالمعين لا سلم فيه، والقرض يكون على المعين وعلى الموصوف كما سيأتي.

قال: **(إِلَّا الْجَارِيَةَ الَّتِي تَحِلُّ لِلْمُقْتَرِضِ فِي الْأَظْهَرِ)** لأنها قد ترد أو سترد بعد وطئها فتصير كإباحة الجواري للوطء وهو ممنوع، والثاني: يجوز كالعبد.

وقال الدرامي: لا يجوز قرض الجواري أي: قطعًا، واعتقد المزني فيه قولين: واختار جوازه، انتهى.

وقيل: يجوز إقراضها ولا يحل للمقترض وطؤها حكاه الْعِمْرَانِي.

تنبيهات: احترز بقوله: يحل للمقترض عن محرمة بنسب أو رضاع أو مهر، فإنه يجوز إقراضها منه، وادعى الإمام والغزالي والرافعي نفي الخلاف فيه، وفي وجه في «الحاوي» وطرده في «الحاوي» في قرضها للمرأة.

قال: ويصرن جنسًا، ولا يجوز قرضه، كلامه يفهم جواز اقتراضه بملاعنته، ولم أره منقولًا، وهو محتمل، وقيل: إن المجوسية والوثنية مثلًا كغيرهما، وإن حرمتا عليه مع بقائهما على ملتيهما ويحمل غيره.

ثم رأيت الرَّافِعِي ذكر في اللقطة أن من لا يحل كالمجوسية كالعبد؛ فيتملكها، وإن كانت ممن تحل، فعلى قولين كالاستقراض فاقتضى كلامه

وَمَا لَا يُسْلَمُ فِيهِ لَا يَجُوزُ إِقْرَاضُهُ فِي الْأَصَحِّ.

جواز اقتراضه المجوسية ونحوها، نظرًا إلى الحال وفيه نظر، وقد يفرق بين البابين بأن ظهور المالك بعيد، وكلام الْجُرْجَانِي هناك مصرح بالتسوية بين البابين كنسبة أن يستثنى الإقراض من أصل أو فرع؛ لأنه إن وطئها حرمها على المقرض، وإلا فلا محذور. وفي «شرح الوجيز» لصاحب «التعجيز» التفريع على قول المنع، هذا إذا كانت ممن يحل له ويمكن وطؤها، فإن لم تحل لمحرمة أو لم يمكن وطؤها لصغر.

قال الإمام: يجوز القرض ولم أر فيه خلافًا إلا نقل الْمَاوَرْدِي عن بعض البصريين المنع مطلقًا، انتهى.

وكلامه يفهم جواز إقراضه الرتقاء والقرناء والمنجبرة والميئوس شفاهًا، وأولى من الصغيرة لكن في تسليم الجواز في الصغيرة نظر، ولينظر فيما لو كان المقترض ممسوخًا إلا ويأتي منه الوطء لعلة هرم أو شلل علة المنع خوف الوطء الرد.

فرع: قال في «شرح مسلم»: الخنثى كالمرأة في استقراض الجارية، وفيه نظر، وإلا شبه منعه، وكذلك قرض الخنثى من خنثى، وقياس ما ذكروه في أحكامه أنه لا يجوز له استقراض من لا يجوز له الخلوة من محارم، ولا إقراضه لغيرهم.

قال: **(وَمَا لَا يُسْلَمُ فِيهِ لَا يَجُوزُ إِقْرَاضُهُ فِي الْأَصَحِّ)** لتعدد ضبطه حتى يرد مثله، وذلك كالجواهر ونحوها، والجارية وأختها، كما قاله: الْمُتَوَلِّي.

والثاني: يجوز كالبيع، قاله جمهور العراقيين، والخلاف مبني على أن الواجب في المتقوم المثل أو القيمة كما صرح به «المحرر» وغيره، إن قلنا: بالثاني جاز وإلا فلا.

فرع: قال الْمُتَوَلِّي: اقتراض المنافع جائز عندنا، وسبق أن السلم فيها جائز، وحملناه على منافع غير العقاد، وفي «الروضة»: هنا عن القاضي الحسين أنه لا يجوز إقراض المنافع؛ لأنه لا يجوز السلم فيها، وجزم في

....

الغصب من تعليقه بمنع قرض منافع الدار.

وقال الرُّويَانِي في «التجربة»: يجوز السلم في تعليم القرآن؛ لأنه يثبت في الذمة مهرًا، وقد نص الشَّافِعِي على جواز السلم في المنافع، واعتبر قبض المقابل لها في المجلس، وغلط من قال: غيره.

فرع: في «التتمة» والرافعي عنه في كتاب «الشفعة» أنه يجوز قرض العقار نفسه، وجزم الْمَاوَرْدِي بالمنع، ويوافقه قول الشيخين في أوائل الإجارة: أن العقار لا يثبت في الذمة، وهو قضية كلام الكتاب هنا فحصل وجهان صرح بهما ابن الْقَطَّان في فروعه، وبناهما على أن الواجب في المتقوم رد القيمة أو المثل صورة، والأصح منع قرضه، وجزم ابن الْقَطَّان هنا بجواز قرض الدور كقرض الدواب والثياب.

فرع: منع الجمهور السلم في الخبز، وأما قرضه فاختار ابن الْقَطَّان والرافعي في «شرحه الصغير» جوازه، وبه جزم الدَّارِمِي والمتولي والشاشي وابن أبي عصرون، وفي «الذخائر» أنه الظاهر عند الخراسانيين، واحتجوا بإجماع أهل الانتصار في الإعصار على فعله، ورأيت في تعليق القاضي أبي الطيب أنه يجوز إقراضه، وإن منعنا السلم فيه فحصل أن الراجح جوازه، وهو ظاهر كلام «الروضة» وحينئذٍ يستثنى من إطلاق المصنف، وإذا جوزنا قرضه، وقلنا: يرد في المتقوم المثل رده وزنًا، وإن قلنا: القيمة ردها، وفي «الكافي»: يجوز إقراضه وزنًا وعددًا أو كأنه اعتمد على الناس في العدد.

وقال الدَّارِمِي: إن رد خبزًا جاز، وإن رد قيمته جاز.

قال ابن الْمَرْزُبَانِ: فإن تمانعا، فالأولى القيمة، وإذا أقرضه خبزًا على شرط رد خبر، فوجهان.

قلت: يجب طردهما من كل متقوم.

فرع: الصحيح جواز السلم في النقد الخالص وإذا كان رأس المال عرضًا، وأما المغشوش فالظاهر بناؤه على جواز التعامل به في الذمة إن

وَيُرَدُّ الْمِثْلُ فِي الْمِثْلِيِّ، وَفِي الْمُتَقَوِّمِ الْمِثْلُ صُورَةً، وَقِيلَ الْقِيمَةُ
وَلَوْ ظَفِرَ بِهِ فِي غَيْرِ مَحَلِّ الْإِقْرَاضِ وَلِلنَّقْلِ مُؤْنَةٌ طَالَبَهُ بِقِيمَةِ بَلَدِ الْإِقْرَاضِ.

جوزناه صح، وإلا فلا، ولم أرى فيه نقلًا، وأما قرضه فقال في «البحر»: لا يجوز؛ لأنه مؤدي إلى الربا، وفي «البيان» عن الصيمري أنه لا يجوز قطعًا لكن سياق كلامه يقتضي أنه إنما يتعامل بها على أعيانها لا في الذمة فلعلة بنى على المنع على ذلك. والمختار إطلاق الجواز؛ لأن الإقراض جوّز على خلاف القياس للإرقاق.

مطلب: وَيَجُوزُ رَدُّ الزَّائِدِ وَأَخْذُ النَّاقِصِ بِلَا شَرْطٍ فَلَا يُضَايَقُ فِيهِ كَالرِّبَا إذا كثر شرائط الربا منتفية فيه، والإجماع الفعلي عليه من غير تكبر.

قال: **(وَيُرَدُّ الْمِثْلُ فِي الْمِثْلِيِّ)** لأنه أقرب إلى حقه، **(وَفِي الْمُتَقَوِّمِ الْمِثْلُ صُورَةً)** لأنه ﷺ استسلف بكرًا وردّ باذلًا، وقال: **«إِنَّ خِيَارَكُمْ أَحْسَنُكُمْ قَضَاءً»**[1] رواه مسلم، ولأنه لو وجبت القيمة لاقتصر على الإعلام بها.

قال: **(وَقِيلَ الْقِيمَةُ)** كالإسلاف وهو الأقيس.

وفي «الشرحين» وفي «الروضة» و«التتمة» أنه المذهب، والجمهور على ترجيح الأول، ولو اختلفا في القيمة، أو صفه المثل صدق المقترض بيمينه.

مطلب: قال: **(وَلَوْ ظَفِرَ بِهِ فِي غَيْرِ مَحَلِّ الْإِقْرَاضِ وَلِلنَّقْلِ مُؤْنَةٌ طَالَبَهُ بِقِيمَةِ بَلَدِ الْإِقْرَاضِ)** أي: سواء المطالبة؛ لأنه وقت استحقاقها ولا نطالبه بالمثل لما فيه من الكلفة، فلو لم يكن للنقل مؤنة طالبه بالمثل، وفيه ما سيأتي وما ذكرناه من عدم المطالبة بالمثل قاله: الرَّافِعِي.

ولا شك إذا كانت قيمة المثل هناك أكثر، فإن كانت سواء.

قال ابن الصباغ وغيره في كتاب «الغصب»: لزمه المثل؛ فالمانع من طلب المثل على عبارة الشيخين مؤنة النقل، وعلى عبارة غيرهما كون قيمة بلد القرض أعلًا، وكلام الشَّافِعِي إلى كل من العلتين، فإذا أقرضه طعامًا ونحوه

---

(١) أخرجه البخاري (٢٣٠٥) ومسلم (٤٥٩١).

وَلَا يَجُوزُ بِشَرْطِ رَدِّ صَحِيحٍ عَنْ مُكَسَّرٍ أَو زِيَادَةٍ، ....

بـ«مصر» فلقيه بـ«مكة» لم يلزمه دفعه إليه؛ لأنه يمكنه أعلا مكة، كذا نص عليه لهذه العلة، وبأن في نقله إلى «مكة» ضرر، والظاهر أن كل واحدة مستقلة. والأولى ما قاله ابن الصباغ وإن أفهما ضعفه والقرض والغصب في ذلك سواء.

إشارة: مما ذكرناه يظهر لك أنه لو أقرضه طعامًا بـ«مكة» ثم لقيه بـ«مصر» ليس له مطالبته بقيمته بـ«مكة»؛ بل لا يلزمه إلا مثله، فإن تراضيا على قيمة باعتياض جائزة، ولو أقرضه نقدًا بـ«مصر» ثم لقيه بـ«مكة» مثلًا لزمه أعطاؤه، ولو رده المقترض لزم المقرض قبوله لعدم الضرر عليه في «الأم».

وقال الإمام: إنه ظاهر المذهب فأشار إلى خلاف فيه، واستثنى الإمام النقود التي يعسر نقلها، أو تتفاوت البلاد فلا يطالب بها في غير بلد الإقراض، وإذا أخذ القيمة لا يردها إذا عاد إلى بلد الإقراض، ويطالب بالقرض على الأصح، وأجبرنا في مطالبة المقترض باسترجاعها ودفع المثل، ولو أقرضه طعامًا بـ«مصر» فلقيه بـ«مكة» فليس للمقترض إجباره على قبضه لمؤنة حمله، فإن تراضيا جاز.

قال: (**وَلَا يَجُوزُ بِشَرْطِ رَدِّ صَحِيحٍ عَنْ مُكَسَّرٍ أَو زِيَادَةٍ**) أي: في العد أو الصفة وغيرهما لقوله في الخوف يرد في الأمن، ومن هذا ما يعتاده مالك الحوانيت ونحوها من بدل شيء يسمونه قوة ليستأجره بأزيد من القيمة لأجل القرض، فإن دفع ذلك مشروطًا فحرام إجماعًا، وإن لم يشترطاه فحرمه أكثر العلماء.

وعندنا مكروه لقول فضالة بن عبيد: «**كل قرض جرَّ منفعة فهو وجه من وجوه الربا**»[1].

وقال البيهقي: وروينا في معناه عن ابن مسعود، وأبي ابن كعب، وابن عباس، وعبد الله بن سلام -رضي الله عنهم- ولا يصح رفعه، ومثل ما ذكره المصنف ما لو شرط رده ببلد آخر، وهل يصح الشرط الجاري المنفعة في غير الربوي؟

وقيل: لا يفسد العقد بهذه الشروط الفاسدة؛ بل يُلغى لأنه عقد مسامحة،

---

(١) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (١١٢٥٢).

وَلَوْ رَدَّ هَكَذَا بِلَا شَرْطٍ فَحَسَنٌ. وَلَوْ شَرَطَ مُكَسَّرًا عَنْ صَحِيحٍ أَو أَنْ يُقْرِضَهُ غَيْرَهُ لَغَا الشَّرْطُ، وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ لَا يُفْسِدُ الْعَقْدَ. وَلَوْ شَرَطَ أَجَلًا فَهُوَ كَشَرْطِ مُكَسَّرٍ عَنْ صَحِيحٍ إنْ لَمْ يَكُنْ لِلْمُقْرِضِ غَرَضٌ، ....

والصحيح فساده وأنه لا يجوز التصرف فيه.

قال: (وَلَوْ رَدَّ هَكَذَا) أي: المقترض لنفسه.

(بِلَا شَرْطٍ فَحَسَنٌ) للحديث السابق، ولا فرق بين الربوي وغيره ولا من المشهور برد الزيادة وغيره على الصحيح فيهما.

إشارة: احترزت بقولي: لنفسه عما لو اقترض لمحجوره، أو لجهة وقف، ونحو ذلك، ثم رد البدل الولي أو الحاكم.

قال: (وَلَوْ شَرَطَ مُكَسَّرًا عَنْ صَحِيحٍ أَو أَنْ يُقْرِضَهُ غَيْرَهُ) أي: أن يقرض المقترض شيئًا آخر (لَغَا الشَّرْطُ) أي: في الصورتين ولم يلزمه الوفاء به وعد متبرع. وقيل: يصح الشرط وزيف.

قال: (وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ لَا يُفْسِدُ الْعَقْدَ) لأنه وعد بإحسان لأجر منفعة للمقرض.

والثاني: يفسد؛ لأنه ينافي قضية العقد كشرط العكس والخلاف جارٍ في كل ما ينفع المقترض فقط.

قال: (وَلَوْ شَرَطَ أَجَلًا فَهُوَ كَشَرْطِ مُكَسَّرٍ عَنْ صَحِيحٍ) أي: كما سبق حكمًا وتوجهًا، (إنْ لَمْ يَكُنْ لِلْمُقْرِضِ غَرَضٌ) لأنه رفق فيصح العقد على الأصح ويُلغى التأجيل بأنه [صغير] رضيع أو فطيم، والكبير بأنه جذع أو ثني أو شبههما، وذكر العراقيون السمن والهزال، وعبارة الْبَغَوِي أحمر أو أبيض.

والثاني: أنه كالتأجيل لا لغرض فيلغى الشرط ويصح العقد، ووهم الْمَاوَرْدِي من ظن أن للشافعي قولًا في جواز الغرض مؤجلًا.

إشارة: لا يلزم تأجيل حال من جميع الديون قيل: قال أصحابنا: إلا إذا أوصى بذلك أو نذره فيلزم إنفاذ وصيته، الوفاء بالنذر على الأصح، وليس هذا بتأجيل، فإن فعله في غير هاتين الصورتين فله طلبه متى شاء، ويستحب الوفاء

وَإِنْ كَانَ كَزَمَنِ نَهْبٍ فَكَشَرْطِ صَحِيحٍ عَنْ مُكَسَّرٍ فِي الْأَصَحِّ، وَلَهُ شَرْطُ رَهْنٍ وَكَفِيلٍ

به؛ لأنه وعد ولا يجب الوفاء بها لو وعد وفيه نظر أشرت إليه في «الغنية».

(وَإِنْ كَانَ) أي: للمقرض غرض.

(كَزَمَنِ نَهْبٍ فَكَشَرْطِ صَحِيحٍ عَنْ مُكَسَّرٍ فِي الْأَصَحِّ) أي: لما فيه من جرِّ المنفعة.

فرع: القرض في الصفة والزمان والمكان كالمسلم فيه إلا ما سبق ولا أقرضه نقدًا فأبطله السلطان فليس له غيره، وقيل: له طلب قيمته يوم أبطل.

قال صاحب «الوجيز في شرح التعجيز»: إذا أدى القرض في زمن نهب أو غارة لم يلزم أي: قبوله.

قلت: ينبغي أن يقال إلا أن يكون القرض فيه، نعم لو زال الخوف، ثم عاد فهل يكون كالذي لم يزل؟ فيه نظر.

قال الْمَاوَرْدِي: لو أقرضه رطبًا لم يجز أن يرد بداله تمرًا، وتبعه الرُّويَانِي ويشبه أن يكون على الخلاف في إذاعن الرطب في السلم.

قال الْمَاوَرْدِي: لو قال: اقترض لي مائة ولك عشرة؛ جاز وهي جعالة، فلو أقرضه المأمور من ماله لم يستحق العشرة.

قال الْمَاوَرْدِي: لو قال: أقرض زيدًا مائة وأنا لها ضامن يجوز، فإذا أقرضه المائة أو بعضها لزمه الضمان.

قال الشَّاشِي في «حليته»: وهذا لا يجري على أصلها؛ لأنه ضمان وقيل: الوجوب وقيل: سنة وليس توكيل لفلان فيه، وهو كما قال: ولعل الْمَاوَرْدِي لم يرد بذلك الضمان المعهود، والظاهر إنما ذكره وجه ضعيف كما ذكرته في «الغنية» لا ما نؤيده من قال: الق متاعك في البحر وعليَّ ضمانه ونحو ذلك، ورأيت في اختلاف العراقيين من «الْبُوَيْطِي» لو قال: ما عاملت غلامي من دينار إلى مائة دينًا أَو كَلًّا فهو عليَّ، جاز، ولو قال: ما استدان فلانٌ فهو عليَّ، لم يجز، انتهى.

قال: **(وَلَهُ شَرْطُ رَهْنٍ وَكَفِيلٍ)** لأنه يوقفه به لا زيادة كالإشهاد به، فلا

يَمْلِكُ الْقَرْضَ بِالْقَبْضِ، وَفِي قَوْلٍ بِالتَّصَرُّفِ.

وَلَهُ الرُّجُوعُ فِي عَيْنِهِ مَا دَامَ بَاقِيًا بِحَالِهِ فِي الْأَصَحِّ، وَاَللهُ أَعْلَمُ].

يفسده سواء قلنا يملك بالقبض أم لا، سواء المتقوم وغيره، نعم لو شرط رهنًا كدين آخر مشروط زيادة الصفة.

قال: (**وَيَمْلِكُ الْقَرْضَ بِالْقَبْضِ**) كالهبة وأولى للعوض، وبدليل صحة التصرف، (**وَفِي قَوْلٍ بِالتَّصَرُّفِ**) أو ليس تبرعًا محضًا ولا معاوضةً محضةً، إذ له أخذه ما بقي، والقولان متفرعان من معاني كلام الشَّافِعِي، وجعل الْجُورِيُّ بدل الثاني أنه لا يملكه وإنما سلطه المقرض على إتلافه.

قال: وهو المحفوظ للشافعي واستبعد لجواز البيع، وجعل بعض شارحي «المفتاح» بدله أنه يملكه بالعقد كالبيع، وإذا قلنا: بالثاني فمعناه أنه يتبين الملك قبيل التصرف، وقيل: يتبين بالتصرف أنه ملكه من وقت القبض، فيحصل خمسة آراء في وقت الملك أصحها بالقبض.

قال الدَّارِمِي في كتاب «العارية»: إن استقراضاه فمتى يعتق عليه، على وجهين:

أحدهما: بالقبض والتصرف.

والثاني: بالقبض وهذا من ثمرات الخلاف.

قال: (**وَلَهُ الرُّجُوعُ فِي عَيْنِهِ مَا دَامَ بَاقِيًا**) أي: في ملك المقترض.

(**بِحَالِهِ**) أي: لم يتعلق به حق للغير كرهن وجناية وكتابة.

قال: (**فِي الْأَصَحِّ وَاَللهُ أَعْلَمُ**): لأن له طلب بدله عند فواته وطلبه أولى؛ لأنه أقرب منه.

والثاني: لا وللمقترض إعطاء بدله كسائر الديون، والخلاف على قولنا يملكه بالقبض جزمًا، ولو قيل: إذا كان الواجب القيمة لا يجبر المقرض على قبول العين ولم يبعد، ولم أر من قال به، ولو زال ملكه وعاد فهل للمقرض الرجوع في العين كما لو لم تزل وجهان: بالرجوع جزم الْعِمْرَانِي، وقول المصنف يأباه.

....

فروع: القرض بالمكاتبة كالبيع وأولى بالصحة، هل قرض الأعمى واقتراضه كبيعه، أو يجوز توسعًا؟ لم أر فيه نصًّا، والأقرب إن نقص، فإن شاء أخذه مع الأرش، وإن شاء أخذ مثله سليمًا ولو أجرةً.

قال الماوَرْدِي: له الرجوع فيه وتبقى الإجارة وله طلب مثله.

خاتمة: نسأل الله تعالى حسنها، قال: أقرضني ألفًا، وقيل: ألفًا ونفى فأتم ثم دفع إليه، ألفًا، فإن لم يطل الفصل جاز، وإن طال فلا، حتى يعيد لفظ القرض؛ لأنه لا يمكن البناء على العقد مع طول الفصل، قاله: في «المهذب» وتابعه الرُّويَانِي، والعمراني، والعراقي في شرحه، وابن أبي عصرون، والمصنف في «الروضة» وقضيته أن القرض لا يجب إيراده على معين؛ بل يجوز على موصوف، ثم يعين وإن تعيينه في المجلس، أو بحسب إذا لم يطل الفصل جائز واستقر بأجر.

أو قيل: لم يذكر ذلك عن صاحب «المهذب» وأتباعه.

قلت: ذكرها الدَّارِمِي قبله، ولفظه إذا قال: أقرضني ألفًا فقال: أقرضتك ثم أقبضه بعد وقت ولم يعد اللفظ جاز إذا نويا، انتهى.

والظاهر أنه أراد بقوله: «بعد وقت» عن قرب ويحتمل أنه على إطلاقه إذا نويا الإقباض والقبض عين ذلك العقد وفي «فتاوى الْقَفَّال» لأنه لو قال للغير: أقرضني خمسة وأدها عن زكاتي جاز، نعم في «فتاوى القاضي الحسين» أنه لو قال: أقرضني عشرة، فقال: خذها من فلان لا يوكل قرضًا؛ بل يوكل بقبض دين؛ لأن القرض يقتضي عينًا يردها وليس هاهنا عين يرد إليه، وإن كانت معينةً فإقراض صحيح، انتهى.

فحصل في القرض علي شيء في الذمة وجهان: والمختار الجواز؛ لأنه عقد إرقاق ومساهلة وكنت أود لو اكتفى فيه بالاستحباب والدفع وبالإيجاب والقبض دون اشتراط اللفظ، وجوازه بالمعاطاة إذا تقدمها السؤال والإجابة وعليها العمل. والله أعلم، وأسأله الإعانة.

كِتَابُ الرَّهْنِ

قال المصنف: [كتاب الرَّهْنِ لَا يَصِحُّ إِلَّا بِإِيجَابٍ وَقَبُولٍ، وَلَوْ قَالَ دَفَعْت إِلَيْك هَذَا وَثِيقَةً بِحَقِّك عَلَيَّ فَقَالَ قَبِلْت، فَإِنْ شُرِطَ فِيهِ مُقْتَضَاهُ كَتَقَدُّمِ الْمُرْتَهِنِ بِهِ أَو مَصْلَحَةٌ لِلْعَقْدِ كَالْإِشْهَادِ أَو مَا لَا غَرَضَ فِيهِ صَحَّ الْعَقْدُ، وَإِنْ شُرِطَ مَا يَضُرُّ الْمُرْتَهِنَ بَطَلَ الرَّهْنُ،

قال الشارح: هو لغةً: الثبوت والدوام، وشرعًا: عين مالٍ وتبعته مدين يستوفى منها عند تعدد استيفائه من المدين ونطلق على نفس العين، والأصل فيه الكتاب والسنة المتفق عليها والإجماع.

قال: (**لَا يَصِحُّ إِلَّا بِإِيجَابٍ وَقَبُولٍ**) أي: كالبيع توافقًا واتصالًا والخلاف في المعاطاة والاستحباب مع الإيجاب عائد هنا، فلو قال: بعتك بكذا على أن ترهن كذا، فقال: اشتريت ورهنت فوجهان: أشهرهما ونسب إلى ظاهر النص، وعزاه ابن الرِّفْعَة إلى الجمهور، والاكتفاء بما جرى.

وقال القاضي الحسين: لا بُدَّ أن يقول: بعده ارتهنت أو قبلت وصححه الْبَغَوِي ونسبه الإمام إلى المحققين على الأول لا يشترط القبول في هذه الصورة وينزل فيها اشتراطه منزلة استحبابه، ولفظ الكتاب يفهم موافقة الثاني.

فرع: (**وَلَوْ قَالَ دَفَعْت إِلَيْك هَذَا وَثِيقَةً بِحَقِّك عَلَيَّ فَقَالَ قَبِلْت**) يصح رهنًا على أصح الوجهين، انتهى.

قال: (**فَإِنْ شُرِطَ فِيهِ مُقْتَضَاهُ كَتَقَدُّمِ الْمُرْتَهِنِ بِهِ أَو مَصْلَحَةٌ لِلْعَقْدِ كَالْإِشْهَادِ أَو مَا لَا غَرَضَ فِيهِ**) كما سبق في البيع (**صَحَّ**) بها (**الْعَقْدُ**) كالبيع، هل يأتي ما تقدم هنا؟ فيه نظر.

قال: (**وَإِنْ شُرِطَ مَا يَضُرُّ الْمُرْتَهِنَ**) أي: كان لا يباع عند المحل ونحوه.

(**بَطَلَ الرَّهْنُ**) أي: لمنافاته مقتضاه ومقصوده، وقيل: فيه القولان الإتيان وليس بشيء.

وَإِنْ نَفَعَ الْمُرْتَهِنَ وَضَرَّ الرَّاهِنَ كَشَرْطِ مَنْفَعَتِهِ لِمُرْتَهِنٍ بَطَلَ الشَّرْطُ، وَكَذَا : الرَّهْنُ فِي الْأَظْهَرِ.

قال: **(وَإِنْ نَفَعَ الْمُرْتَهِنَ وَضَرَّ الرَّاهِنَ كَشَرْطِ مَنْفَعَتِهِ لِلْمُرْتَهِنِ بَطَلَ الشَّرْطُ)** لحديث: «**كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل**»(١) وغيره، وسيأتي ما يعيد إطلاقه.

قال: **(وَكَذَا: الرَّهْنُ فِي الْأَظْهَرِ)** لمخالفته مقتضى العقد كالضرر بالمرتهن.

والثاني: لا يبطل بل يُلغى الشرط، ويصح العقد، كما لو أقرضه صحاحًا ليردها مكسرةً.

تنبيه: أطلق البطلان وقال في «الروضة»: موضعه إذا أطلق المنفعة فلو قيدها فقال: ويكون منفعتها إلى سند مثلًا فهذا جمع بين بيع وإجارة في صفقة، انتهى.

وهذا ما نقل الرَّافِعِي استدراكه على العراقيين، وهو في كلام جماعة ومنهم الدَّارِمِي وفي «الشامل» أنه قول: القاضي أبي الطيب، وطريقة الشيخ أبي حامد أن الشرط فاسد، وفي فساد الرهن قولان كما في الكتاب، وكان كلام أبي حامد اختلف ففي تعليقه بخط سليم الرازي موافقة أبي الطيب، فإنه قال: فإن قدر مدة الانتفاع فهو بيع وإجارة، وفي «الأم» ما يوافقه، وصرح سليم الرازي بموافقة أبي الطيب.

قال: فإن باعه على أن يرهنه داره ويكون منفعتها له فهو بيع وإجارة فإن قدر المنفعة فعلى قولين:

أحدهما: صحيحان، والآخر: باطلان وإن لم يقدر المنفعة فهما باطلان على ظاهر المذهب، والحاصل أنه إن شرط أن تكون المنافع الموفية ملكًا له فطريقان:

أحدهما: التخريج على الجمع بين بيع وإجارة فيصح فيهما على الأظهر.

---

(١) تقدم تخريجه.

وَلَوْ شُرِطَ أَنْ تَحْدُثَ زَوَائِدُهُ مَرْهُونَةً فَالْأَظْهَرُ فَسَادُ الشَّرْطِ، وَأَنَّهُ مَتَى فَسَدَ فَسَدَ الْعَقْدُ.

والثانية: على القولين في الكتاب فيبطل منهما، والأولى أصح لشهادة نص «الأم» لها، وإن أطلق شرط المنافع فطريقان:

أحدهما: على القولين فيبطل منهما على الأظهر.

والثانية: أنه بيع وإجارة فاسدة مجهولة فيبطل فيهما إلا إذا جعلنا الإجارة بالجميع فيصح في البيع.

قال: (**وَلَوْ شُرِطَ أَنْ تَحْدُثَ زَوَائِدُهُ مَرْهُونَةً فَالْأَظْهَرُ فَسَادُ الشَّرْطِ**) ومنهم من قطع به لأنها معدومة ومجهولة.

والثاني: يصح؛ لأن الرهن إنما لا يتعدى إليها عند الإطلاق لضعفه، فإذا قوي بالشرط سرى إليها وهذا في الثَّمَرَةِ وَالنِّتَاجِ، وأما الاكتساب، فإن قلنا: الارتهان لم يتبع، وإلا ففي الاكتساب وجهان: أصحهما المنع، أيضًا لأنها ليست من أجزاء الأصل. قال الْمَاوَرْدِي والرافعي: ولو شرط كون المنافع مرهونةً بطل الشرط بلا خلاف.

قال: (**وَأَنَّهُ مَتَى فَسَدَ**) أي: الشرط (**فَسَدَ الْعَقْدُ**) أي: عقد الرهن.

قال الرَّافِعِي: ولهذا الخلاف مخرجان:

أحدهما: القولان فساد الرهن بفساد الشرط الذي ينفع المرتهن.

وثانيهما: أنه جمع هنا بين معلوم ومجهول فنحا فيه خلاف تفريق الصفقة.

قال: وتبعه في «الروضة» فإن كان الرهن بهذا الشرط مشروطًا في بيع، فإن صححنا الشرطان أفسدناهما، وإن صححنا الرهن صح البيع، وللبائع الخيار وإثبات الخيار في حاله تصحيح الشرط لا معنى له، والوجه أن يقال: فإن صححنا الشرط فذاك وإن أبطلناه وصححنا الرهن صح البيع وللبائع الخيار، فيحمل كلامه على تصحيح البيع في الحالين، وإثبات الخيار في الثانية، وإن أبطلنا الرهن ففي البيع قولان والحاصل أربعة أقوال أظهرها بطلان الجميع.

وَشَرْطُ الْعَاقِدِ كَوْنُهُ مُطْلَقَ التَّصَرُّفِ فَلَا يَرْهَنُ الْوَلِيُّ مَالَ الصَّبِيِّ وَالْمَجْنُونِ، وَلَا يَرْتَهِنُ لَهُمَا إِلَّا لِضَرُورَةٍ أَو غِبْطَةٍ ظَاهِرَةٍ.

والثاني: عكسه، والثالث: صحة البيع فقط، الرابع: صحته مع الرهن دون الشروط.

فرع: قال: (وَشَرْطُ الْعَاقِدِ) أي: راهنًا ومرتهنًا.

(كَوْنُهُ مُطْلَقَ التَّصَرُّفِ) وكالمتبايعين ونحوهما.

(فَلَا يَرْهَنُ الْوَلِيُّ مَالَ الصَّبِيِّ وَالْمَجْنُونِ، وَلَا يَرْتَهِنُ لَهُمَا إِلَّا لِضَرُورَةٍ أَو غِبْطَةٍ ظَاهِرَةٍ) إذ التصرف للمحجور مشروط بالاحتياط والمصلحة، وكون الولي لا يرهن ولا يرتهن إلا على الوجه المذكور يقتضي اشتراط كون الرهن والمرتهن من أهل التبرع، أو يكون الرهن على وجه المصلحة والاحتياط واشتراط أحد هذين زائد على كونه مطلق التصرف.

فالأحسن قول «المحرر» ولا يرهن بالواو لا بالفاء كالمنهاج وكأنه يسير إلى أن يصرف الولي مفسد بمطلق.

قيل: وهو خلاف كلام صاحب «التنبيه» وغيره.

تتمات: منها: المحجور عليه بالسفه كالصبي، فكان ينبغي أن يقول الولي ويطلق أو مال المحجور أو يصرح بالثلاثة، والحد والوصي والقيم هنا كالأب إلا أن يتولى الطرفين، وكذا الحد ومنع الْجُورِيُّ إلحاقه بالأب واختاره.

ومنها: يشترط في رهن مال المحجور أن يكون عند أمين يجوز إيداعه عنده، وسيأتي - إن شاء الله تعالى - ما يتعلق بذلك من الشروط التي أغفلها المصنف في باب الحجر.

ومنها: كلام الجمهور ويقتضي أن رهن الولي وارتهانه جائزان بالمصلحة وربما يذكر أمثلة من ذلك هناك. قالوا: هنا لو اشترى له ما يساوي مائتين بمائة نسيه ورهن ما يساوي مائة من ماله جاز؛ لأنه إن سلم المرهون فالغبطة ظاهرة وإن تلف كان قيمًا اشتراه ما يجبره فلو لم يرض إلا برهن يزيد على مائة لم يجز، وجوَّزه أبو محمد العقار خاصة لأنه لا يتلف.

....

قال الإمام: وهو منقاس؛ لكنه خلاف المذهب.

ومنها: ذكرت في «الغنية» أن أكثر نصوص الشَّافِعِي تقتضي أن الارتهان يجوز بالمصلحة، والرهن لا يجوز إلا بالضرورة، فإما أن يجمع بين كلامه وكلام الأصحاب بأن المصلحة في الارتهان يظهر كثيرًا في الرهن قبل أن يوجد في غير الضرورة فكذلك حرر في كلام الشَّافِعِي وما قدمناه من شراء ما يساوي مائتين بمائة لا ضرورة فيه، والظاهر أن الشَّافِعِي لا يمنعها وهي صورة نادرة فلا يكون كلامه قاصدًا لمثلها، وإما أن يقدر خلاف.

وقد قال الْجُورِيُّ: كان ابن خيران يجوز لولي اليتيم ومن سمي معه أن يرهن رهنًا إذا اشترى ما في شرائه النظر، وإن لم يكن ضرورة، وهو الصحيح عندي، انتهى.

ففهم من إطلاق الشَّافِعِي المنع، ونقل الجواز عن ابن خيران وصححه، فإذًا ما قاله: الجمهور هو قول: ابن خيران، أما الرهن للضرورة، فلا نعلم خلافًا في صحته إلا أن في «إشراف» ابن المنذر: إذا استدان وصي اليتيم في كسوته وطعامه ورهن به رهنًا فهو جائز في قول: أصحاب الرأي ولا يجوز في قول: أبي ثور. وقال الشَّافِعِي مرةً: يجوز، ومرةً قال: لا يجوز، انتهى.

فأثبت الشَّافِعِي قولين في رهن الوصي مع الحاجة، وحكى ابن كَج أنه لا يجوز رهن مال الطفل بحال، فحصل في رهن مال الطفل ونحوه عند الضرورة قولان: المشهور الجواز.

فرع: قضية كلام الكتاب هنا وفي الكتابة أن المكاتب لا يجوز رهنه ولا ارتهانه؛ لأنه غير مطلق التصرف، وإن صح تصرفه في الجملة ويوافقه قول «الروضة» هناك، وقد سبق في كتاب «الرهن» حكاية وجه أن المكاتب كولي الطفل في البيع نسيئةً، والرهن والارتهان، والصحيح الذي عليه الجمهور الفرق، وذكر في كتاب «الرهن» أن رهن المكاتب وارتهانه جائز إن شرط المصلحة والاحتياط كما في ولي الصبي.

وَشَرْطُ الرَّهْنِ كَوْنُهُ عَيْنًا فِي الْأَصَحِّ.

وقيل: لا يجوز أن يستقل بالرهن وبإذن السيد قولان لتبرعاته، انتهى.

وهذا ما جعله المذهب هناك ونصوص «الأم» و«المختصر» و«الْبُوَيْطِي» في البابين تدل على أن المكاتب كالولي حرفًا بحرف.

وقال المصنف في «التنقيح»: هنا أن حكم المكاتب حكم ولي الطفل على الصحيح من المذهب وفيه وجه مشهور أنه لا يستقل بذلك، انتهى.

وهذا التصحيح هو الموافق للنصوص فهو الصحيح.

وقال ابن المنذر: أجمع كل من يحفظ قوله من أهل العلم على أن المكاتب أن يرتهن ما فيه له صلاح، واختلفوا في المكاتب برهن، فقال مالك ﵁ وأبو ثور، وأصحاب الرأي: رهنه جائز. وقال الشَّافِعِي﵁: رهنه لا يجوز.

قلت: وينبغي تأويله على أنه لا يجوز من غير ضرورةٍ أو غبطةٍ ظاهرةٍ، وإنا حيث منعنا يستثنى ما لو رهن شيئًا على ما يؤدي به النجم الأخير لإفضائه به إلى العتق، وكذا رهنه وارتهانه مع السيد، والله أعلم.

فرع: ذكر الشَّافِعِي المأذون مع المكاتب إلا أن رهنه أولى بالمنع، وإن له البيع نسبة؛ فالإذن جزمًا، قالوا: وإن لم يدفع إليه مالًا؛ بل قال: اتجر بجاهل، فله البيع والشراء في الذمة حالاًّ ومؤجلًا، وكذا الرهن والارتهان، فإن فضل في يده مالًا كان كما لو دفع إليه مالًا وجعل الدَّارِمِي في حكم الولي في الرهن والارتهان الوكيل المأذون له في التجارة بتدبيره، ويجيء مثل هذا في عامل القراض وينبغي توقفه على الإذن ويحب الجزم به عند إمكان مراجعة الموكل.

قال: **(وَشَرْطُ الرَّهْنِ)** أي: المرهون.

(كَوْنُهُ عَيْنًا فِي الْأَصَحِّ) أي: المنصوص في «الأم» ولا يصح رهن الدين لعدم القدرة على تسليمه.

والثاني: يجوز رهنه إذا كان على مقر كبيعه، والوجهان إذا جوزنا بيعه، فإنْ منعناه امتنع الرهن جزمًا ثم الخلاف في رهن غير دين السلم كما قاله: في «الاستقصاء» وأن يكون المدين مليًّا كما قاله: في «الانتصار»، وذكره المصنف

وَيَصِحُّ رَهْنُ الْمُشَاعِ، وَالْأُمِّ دُونَ وَلَدِهَا وَعَكْسُهُ، وَعِنْدَ الْحَاجَةِ يُبَاعَانِ

عنه في «التنقيح» وأن يكون ثابتًا كما اقتضاه كلام القاضي الحسين والإمام ولا فرق بين رهنه ممن هو عليه وغيره، وقول صاحب «الاستقصاء»: أن رهن الدين المستقر ممن هو عليه يجوز وجهًا واحدًا غريب وكان من تصرفه.

إشارة: لولا قوله: في الأصح لحرج قوله: عينا المنفعة؛ لكن لا خلاف فيها، وإذا صححنا رهن الدين افتقر إلى فرد محسوس ولا يلزم بنفس العقد.

قال: **(وَيَصِحُّ رَهْنُ الْمُشَاعِ)** أي: من شريكه وغيره قبل القسمة أم لم يقبلها كبيعه، ولا يفتقر إلى إذن الشريك على الأصح كالبيع، والقبض فيه يتسلم كله، فإن كان مما لا ينقل حصل كالتخلية وإن لم يحضر شريكه وإلا فلا بدَّ من نقله وإذن شريكه.

قال: **(وَالْأُمِّ دُونَ وَلَدِهَا وَعَكْسُهُ)** التصوير في الأمة وولدها الطفل الذي يحرم التفرق بينها وبينه في حال الاختيار كما دل عليه سياق كلامه؛ لأن الرهن ليس بتفريق، وعبارة النص رهن الأم دون ولدها جائز إذ لا بتفرقة، والمرجح أن معناه ألا تفرقة بينها حالاًّ ولا مالًا.

وقيل: معناه إذ لا تفرقة في الحال، فإن احتيج إليها فُرِّق للضرورة.

(وَعِنْدَ الْحَاجَةِ يُبَاعَانِ) أي: ولا يجوز التفريق بينهما للنهي عنه، ويوزع الثمن بينهما. وقيل: يباع المرهون وحده، واحتمل التفريق للضرورة وعكسه أن موضع الخلاف حيث لم يتوجه بيعهما عليه جميعًا في ديونه الرهن وغيره، أما لو توجه بيعهما وسمحا له فلا معنى للتفريق، إذ لم يحصل بالجمع تنقص على المرتهن ولا غيره.

وقال: المفلس يبيع كله، وعبارة الدَّارِمِي قد تفهم عدم الفرق، فإنه قال: وفي بيعها دونه قولان، فإن جوزنا للمرتهن بيعها مع الولد معها تصرف، قلنا للمرتهن: إن أردت الصبر حتى تفرق وإلا فهكذا الحكم ولا خيار للراهن الا أن يفكها، انتهى.

تنبيه: ولا خفاء أن موضع بيعهما معًا إذا كان الولد عند البيع في سن لا

وَيُوَزَّعُ الثَّمَنُ وَالْأَصَحُّ أَنْ تُقَوَّمَ الْأُمُّ وَحْدَهَا ثُمَّ مَعَ الْوَلَدِ فَالزَّائِدُ قِيمَتُهُ.

يجوز التفريق فيه وأن يكونا في ملك الراهن، فلو كان كل واحد لواحد بيع المرهون وحده قطعًا، واعلم أن عبارة «المحرر» ثم إن مست الحاجة إلى البيع فيباعان معًا، ويوجد منها ما ذكره صاحب «التعجيز في شرحه للوجيز» أن الخلاف إذا لم يكن للراهن مال غيرهما، فإن كان كلف قضاء الدين منه؛ لأن بيعها وحدها وبيع الولد معها ضرورةً، فلا يصار إليها مع وجود المال نقله السنجي في «شرح التخليص»، ويحكى عن أبي إسحاق المروزي.

قلت: وعبارة الشيخ أبي علي قال أصحابنا: ولو كان للراهن سوى الجارية وولدها كلف قضاء الدين منه إلى آخر ما سبق.

وقال الماوَرْدِي: إن أمكن الراهن قضاء الدين من ماله لم يبع عليه وإلَّا بيعت مع الولد على الصحيح.

وعبارة الشيخ أبى حامد والروياني إن قضاه الراهن وإلا بيعت مع ولدها، وهى مشعرة بأن الخيرة للمرتهن، ولا شك فيه إذا قلنا: يباعان معًا، أما إذا فرقا بحسن ما سبق أنها لا تباع إلا عند العجز عن الإبقاء من سائر أمواله لعدم الضرورة إلى التفريق.

قال: **(وَيُوَزَّعُ الثَّمَنُ)** [(على قَدْرِ قِيمتهما](١) أي: حيث يحتاج إلى التوزيع.

(وَالْأَصَحُّ أَنْ تُقَوَّمَ الْأُمُّ وَحْدَهَا) لأنها الرهن.

(ثُمَّ مَعَ الْوَلَدِ فَالزَّائِدُ قِيمَتُهُ) لأنها رهنت ذات ولد، وإنما تقوم وحدها أو لا موصوفة بكونها خاصة ولدها يوم البيع إذا كان لم يميز حينئذٍ، فيقال: قيمتها لذلك مائة، ثم تقوم هى والولد فيقال: قيمتها مائة وخمسون، والخمسون الزائدة لا حق للمرتهن فيها، والثاني: تقوم وحدها كما سبق، فيقال: مائة، ثم تقوم مع الولد وحده فيقال: عشرون فيقسط الثمن عليها، للولد سدس والباقي للمرتهن، وفى المسألة زيادات ذكرتها في «الغنية» كظاهر

---

(١) ما بين المعقوفتين ليس في نسخ المنهاج المطبوعة.

وَرَهْنُ الْجَانِي وَالْمُرْتَدِّ كَبَيْعِهِمَا، وَرَهْنُ الْمُدَبَّرِ وَالْمُعَلَّقِ عِتْقُهُ بِصِفَةٍ يُمْكِنُ سَبْقُهَا حُلُولَ الدَّيْنِ بَاطِلٌ عَلَى الْمَذْهَبِ.

كلامهم أن قولهم ذات ولد خاصة بمعنى واحد، ولو رهن الولد دون الأم فعلى ما تقدم في عكسه، وينعكس فكل الأحكام في التقويم، ولو حدث الولد بعد الرهن لم يجز التفريق على الاصح؛ بل يباعان ويوزع كما سبق.

إشارة: حكم الولد مع الأم وممن يحرم التفريق بينه وبين الحكمة مع أمه.

قال: **(وَرَهْنُ الْجَانِي وَالْمُرْتَدِّ كَبَيْعِهِمَا)** أي: لَا يَصِحُّ بَيْعُ الْجَانِي الْمُتَعَلِّقِ بِرَقَبَتِهِ مَالٌ وَمُرْتَدٌّ مُطْلَقًا، وقد سبق بيان حكم بيعهما.

وقال الرافعي في شرحه: ورهن الجاني خطأ مرتب على بيعه وأولى بالبطلان؛ لأن الجناية العارضة تقدم على حق الرهن فأولى أن يمنعه في الابتداء، فإن صححنا رهنه ففي «الروضة» عن الأكثرين أنه لا يكون ملتزمًا للفداء بخلاف البيع؛ لأن الجناية لاتنافي الرهن ومحلها باقٍ بخلاف البيع، وعن الروياني أن المذهب أنه لا يصح بيع المرتد ولا رهنه واستغرب، والمشهور صحة بيعه كما سبق.

فرع: لو جنى على سيده ثم رهنه كان رهنه دليلًا على عفوه، رواه الروياني عن الأصحاب وكانت الصورة فيما إذا علم أنه الجاني.

فرع: العامل حر إنه إن تاب قبل الظفر، فبيعه كبيع الجاني لسقوط التحتم، وكذا إن تاب بعد الظفر، وقلنا: بسقوط التحتم وإلا فطرق أصحها أنه كالمرتد، والثاني القطع بالمنع لتحتم قتله بخلاف المرتد؛ لأنه قد سلم، والثانى أنه كبيع الحال لعلة الجاني، قاله: في «الروضة» وفي تجربة الروياني هنا لا يجوز رهنه إذا تحتم قتله، وكذلك لا يجوز بيعه.

قال: وغلط من قال: غيره بخلاف المرتد، انتهى.

قال: **(وَرَهْنُ الْمُدَبَّرِ وَالْمُعَلَّقِ عِتْقُهُ بِصِفَةٍ يُمْكِنُ سَبْقُهَا حُلُولَ الدَّيْنِ بَاطِلٌ عَلَى الْمَذْهَبِ)** أي: لتعلق حق العتق بهما، أما المدبر ففيه ثلاثة طرق: أحدها القطع بالبطلان ورجحها المصنف في كتبه، والثاني: فيه قولان وصححهما

....

الْمَاوَرْدِي والروياني وهي الأقرب إلى القياس عند ابن أبي عصرون، وعزاها في «الوسيط» إلى الأكثرين، وانتقد عليه، وهي قوية دليلًا، ضعيفة مذهبًا، وأما المعلق بصفة الأكثرين فللصفة أحوال:

أحدها: أن يوجد قبل حلوله بأن رهنه إلى سلخ رمضان، وكان قد علَّق عتقه بدخول رمضان، فالرهن باطل، وقيل قولان كرهن ما سرع فساده والفرق ظاهر.

الثانية: أن يوجدان معًا ومثاله واضح.

الثالثة: عكس الأولى، فالرهن صحيح لإمكان بيعه قبل وجود الصفة.

الرابعة: أن محل الدين قبل الصفة ساعة لا يمكن بيعه فيها في العادة، فلا يصح الرهن كما لو تساوما أو تقدمت الصفة، ذكره الروياني عن والده وهو صحيح.

الخامسة: أن يجهل تقدم الحلول على الصفة وعكسه لقدوم زيد، فالأظهر بطلانه للغرر، ومنهم من قطع به، ووجه الصحة أن الأصل بقاء الرق.

تنبيهات: منها: قوله: يمكن سبقها حلول الدَّين يفهم أنه لو لم يمكن سبقها حلوله صح الرهن، وفى العبارة تسمح؛ لأنها يفهم أنهما لو تساوما أو سبقها الحلول بلحظة أو ساعة لا يمكن فيها بيعه إنه يصح وليس كذلك.

ومنها: كلامه يفهم صحة رهنه بدين حال وهوظاهر إذا كان قد بقى من زمن الصفة ما يسع بيعه كما سبق، فلو لم يكن لها وقت مقدر لقدوم زيد ودخول الدار ففيه احتمال ظاهر، وقضية كلام الرافعى والمصنف صحة رهنه بالحال من غير تفصيل.

ومنها: لو شرط في العقد بيع المعلق عتقه بصفة قبل وجودها، قال ابن الرِّفْعَة: يصح وقيد به كلام «التنبيه» وهو متابع لابن أبي عصرون في ذلك، وكلام الأصحاب سألت عنه وكأنه أخذه من رهن ما يسارع فساده، وهو محتمل للرد.

فائدة: قال بعض محققي العصر: فإن قلتَ: لم جوزتم رهن المعلق بصفة

وَلَوْ رَهَنَ مَا يَسْرُعُ فَسَادُهُ فَإِنْ أَمْكَنَ تَجْفِيفُهُ كَرُطَبٍ فَعَلَ، ....

بدين حال، وعابه المدبر أن يكون مثله، فكيف يمتنع رهنه بالدين الحال؟

قلتُ: صحة رهن المعلق بصفة بحال أو بما يحل قبل الصفة إنما رأيناه للأصحاب ونصوص الشَّافِعِي أنه لو رهن عبدًا أعتقه إلى سنة كان مفسوخًا، وإنه في حال المدبر وأكثر حالًا منه، وإطلاقه يقتضي مع رهنه بالحال فلا يعدل عن نصه إلا بنص آخر أو دليل ظاهر.

فإن **قلتَ**: حكى جماعة في المعلق بصفة يجوز أن يوجد قبل المحل، وألا يوجد قولان.

قلتُ: الذي رأيناه نصًا للشافعي المنع.

وقال القاضي أبو الطيب: إن الجواز مخرج من المدبر وضعف الأخذ به، وبين أن مذهب الشافعي في المعلق والمدبر المنع مطلقًا بلا تفصيل.

فإن قلتَ: المدبر قد يموت سيده قبل التمكن من بيعه وإن كان الدين حالًا فلذلك امتنع رهنه.

قال: **(وَلَوْ رَهَنَ مَا يَسْرُعُ فَسَادُهُ)**.

قلتُ: ولو رهن ما يسرع فساده أو معه أو قبيله بوقت لا يمكن فيه بيعه كما سبق، **(فَإِنْ أَمْكَنَ تَجْفِيفُهُ كَرُطَبٍ فَعَلَ)**، أي: بثمر ونحوه فعل، أي: وجب على الراهن تحقيقه، فإن امتنع أجبر عليه، نص عليه الشافعي والأصحاب.

وقال الْمُتَوَلِّي: بيع الحاكم جزءًا منه عند الامتناع وتحققه بثمنه، والصحيح الأول فإن تعذر تعين ما قاله: المتولى، فإن طلب أحدهما البيع، وجعل ثمنه رهنًا لم يجب.

وقال ابن أبي هريرة: إذا كان تحقيقه بنقصه وبيعه أوفر حيث طال البيع.

قلت: ويجب الجزم به إذا كان الرهن لمحجور عليه، وطلب المرتهن البيع، وكان الولي يبيعه لا محالة إذا حققه وليس للمرتهن تحقيقه حتى يأذن الراهن بذلك، نص عليه في «الأم» وهذا عند إمكان المراجعة عند خوف فساده، وإلا فيظهر مراجعة الحاكم إن أمكن ليفعل ذلك أو لا حظ للغائب ونحوه.

وَإِلَّا رَهَنَهُ بِدَيْنٍ حَالٍّ أَو مُؤَجَّلٍ يَحِلُّ قَبْلَ فَسَادِهِ أَو شَرَطَ بَيْعَهُ وَجَعَلَ الثَّمَنَ رَهْنًا صَحَّ، وَيُبَاعُ عِنْدَ خَوْفِ فَسَادِهِ وَيَكُونُ ثَمَنُهُ رَهْنًا، ....

إشارة: قوله: فعل يقتضى صحة الرهن وجوب التحقيق، أما صحته فلا خلاف فيها، ولا يفسد سواءً أطلق الرهن أو شرط التحقيق، وأما وجوبه فقيد بما إذا خشى فساده قبل المحل فإن لم يكن كذلك فلا حاجة إليه، بل تباع في الدين عند حلوله.

قال: **(وَإِلَّا)** أي: لم يكن تجفيفه كالبقول والقثاء والخيار، وبعض الأوطان والأعيان والفراش وغيرها.

(رَهَنَهُ بِدَيْنٍ حَالٍّ أَو مُؤَجَّلٍ يَحِلُّ قَبْلَ فَسَادِهِ أَو شَرَطَ بَيْعَهُ) أي: برهن يسع بيعه على العادة.

(وَجَعَلَ الثَّمَنَ رَهْنًا صَحَّ) أي: أو لم يحل قبل فساده بل كان يفسد مع الحلول أو قبله، ولكن شرط بيعه صح أي: في الحالتين لانتفاء المحظور، ولزم الوفاء بالشرط.

(وَيُبَاعُ عِنْدَ خَوْفِ فَسَادِهِ وَيَكُونُ ثَمَنُهُ رَهْنًا) أي: يلزم الراهن ذلك عند طلب المرتهن وفاءً بالشرط، وإبقاءً الوثيقة، ويكون ثمنه رهنا أي: ولا يحتاج إلى إنشاء رهنه، ولا بدَّ في قول المصنف أو شرط بيعه من يفسده بحالة الإسراف على الفساد؛ لأنه محل القطع بالصحة، أما لو شرط بيعه الآن فيظهر أنه كما لو رهن مالا يسرع فساده، وشرط بيعه والمذهب القطع بأنه لا يجوز، وقيل: وجهان، وإذا جاز بيعه فليس للمرتهن الاستقلال به، فلو تركه المرتهن حتى فسد.

قال البغوى: فإن كان الراهن أذن له في بيعه ضمن وإلا لم يضمن قاله: الرَّافِعِي، ويجوز أن يقال: أن عليه أن يرفع الأمر إلى القاضي ليبيعه.

قال الشيخ: من يضمن؟ قال الرَّافِعِي: ويجوز وهذا الاحتمال قوى ومتغير، انتهى.

ويشبه أن هذا الاحتمال على قول: البغوى إذا لم يأذن لم يضمن، وعلى هذا يكون محله إذا لم يمكن مراجعة الراهن، فإن أمكن فالقاضي لا يبيع،

وَإِنْ شَرَطَ مَنْعَ بَيْعِهِ لَمْ يَصِحَّ، وَإِنْ أَطْلَقَ فَسَدَ فِي الْأَظْهَرِ.

وفهم ابن الرِّفْعَة أنه على قوله: إن أذن له في بيعه ضمن، أي: فعليه إذا لم يخير في البيع، وقد أذن له فيه أن يرفع الأمر إلى القاضى.

قال: ويجوز أن يقال لا يضمن كما صرح به الجيلي؛ لأن البيع لا يجب عليه إبطال بما ذكرته في «الغنية».

فائدة: قيل: ما أطلقوه هنا من دقة للمرتهن في البيع، إما أن يكون على خلاف المذهب فإن أذن الراهن للمرتهن في بيعه لا يصح على المذهب، وإما أن يقال: ذاك إذا أذن له في البيع للوفاء وهنا يحفظ ثمنه، انتهى.

ولعل هذا صادر ممن يرى انفراده بالبيع بالوفاء وعليه يتجه احتمال الرافعي على ما فهمه ابن الرِّفْعَة، وأما كونه مفروضًا في حال حضور الراهن فبعيد، نعم! يجوز أن يقال: الممتنع انفراده بالبيع لوفاء الدين لا يحفظ ثمنه رهنًا، فإنه يحرص على توفيره وكثرته وفيه نظر.

قال: (**وَإِنْ شَرَطَ مَنْعَ بَيْعِهِ لَمْ يَصِحَّ**) أي: لمنافاته مقصوده.

قال: (**وَإِنْ أَطْلَقَ**) أي: فلم يشترط البيع ولا عدمه.

(**فَسَدَ فِي الْأَظْهَرِ**) لأنه لا يجبر على إزالة ملكه قبل المحل، والبيع قبله ليس من منقصات الرهن، فلا يدل مطلق الرهن عليه فهو مرهون يتعذر الوفاء منه، فبطل كرهن أم الولد، وهذا ما رحجه في «التنقيح» تبعًا للمحرر، وفى «حلية الرُّويَانِي» أنه ظاهر المذهب.

وقال الرَّافِعِي في «الشرح الكبير»: إنه أصح عند العراقيين، ومثل سواهم إلى الصحة وهو الموافق لنصه في «المختصر»، وقال في «شرحه الصغير» أظهرهما عند الأكثرين يصح الرهن ويباع عند الإشراف على الفساد، كما لو شرط؛ لأن الظاهر أنه لايقصد فساد ماله، انتهى.

ولم يصحح القاضي أبو الطيب والدارمي وكثيرون من العراقيين شيئًا، ونص على القولين في «البويطى» من غير ترجيح، وظاهر نصه في «الأم» أو نصه يقتضي الصحة فإنه قال: وإن كان إلى أجل يفسد إليه الرهن لرهنه ولم

وَإِنْ لَمْ يُعْلَمْ هَلْ يَفْسُدُ قَبْلَ الْأَجَلِ صَحَّ فِي الْأَظْهَرِ].

قال المصنف: [وَإِنْ رَهَنَ مَا لَا يَسْرُعُ فَسَادُهُ فَطَرَأَ مَا عَرَّضَهُ لِلْفَسَادِ كَحِنْطَةٍ ابْتَلَّتْ لَمْ يَنْفَسِخْ الرَّهْنُ بِحَالٍ.

أفسخه، وإنما منعني من فسخه أن للراهن بيعه قبل محل الحق على أن يعطي صاحب الحق حقه بلا شرط، وأن الراهن قد يموت من ساعته فيباع، انتهى.

فلعل الصحة باحتمال الحلول وإمكان بيعه قبله في الدين والتمكين منه، وهذا غير ما عللوا به من أن التعارف كالمشروط فبظاهر نصه في «الأم» و«المختصر» على الصحة، وصرح الرَّافِعِي في «الصغير» بترجيح الأكثر ين له فهو المذهب.

قال: **(وَإِنْ لَمْ يُعْلَمْ هَلْ يَفْسُدُ قَبْلَ الْأَجَلِ صَحَّ فِي الْأَظْهَرِ؟)** لأن الأصل دوام الْمَالِيَّةُ كحياة الحيوان.

والثاني: يفسد للجهل بإ مكان البيع عند المحيل.

قال الشارح: **(وَإِنْ رَهَنَ مَا لَا يَسْرُعُ فَسَادُهُ فَطَرَأَ مَا عَرَّضَهُ لِلْفَسَادِ كَحِنْطَةٍ ابْتَلَّتْ لَمْ يَنْفَسِخْ الرَّهْنُ بِحَالٍ)** أي: وإن منعنا الصحة في الابتداء سواء أمكن تحقيقها أم لا، سواء كان قبل القبض أم بعده إذ ينحصر في الدوام ما لا يغتفر في الابتداء، وفيما قبل القبض وجه.

قال الرَّافِعِي: فإذا لم ينفسخ يباع ويجعل عنه رهنًا مكانه هذا الإطلاق يقتضي عدم الفرق بينما قبل القبض وبعده وهو صحيح؛ لكن البيع بعد القبض يكون لازمًا، وقبله يكون برضاهما أو رضا الراهن والإمام صور المسألة فيما بعد القبض.

وقال: إن الأئمة قطعوا بذلك له؛ لكن الْمَاوَرْدِي حكى قولين في الإجبار على بيعه وعدم الإجبار ضعيف.

فرع: المرض المخوف في العبد يلحق مما يسرع فساده في الإجبار على بيعه وجعل ثمنه رهنًا، قاله: الإمام وسائر الحيوان كالعبد ولينظر فيما لو قال الراهن: أنا أبدل قيمة هذا العبد ليكون رهنًا مكانه ولا أبيعه هل كان الأقرب نعم.

وَيَجُوزُ أَنْ يَسْتَعِيرَ شَيْئًا لِيَرْهَنَهُ، وَهُوَ فِي قَوْلٍ عَارِيَّةٌ، وَالْأَظْهَرُ أَنَّهُ ضَمَانُ دَيْنٍ فِي رَقَبَةِ ذَلِكَ الشَّيْءِ فَيُشْتَرَطُ ذِكْرُ جِنْسِ الدَّيْنِ وَقَدْرِهِ وَصِفَتِهِ، وَكَذَا الْمَرْهُونُ عِنْدَهُ فِي الْأَصَحِّ،

قال: **(وَيَجُوزُ أَنْ يَسْتَعِيرَ شَيْئًا لِيَرْهَنَهُ)** لأن الرهن استئناف وهو يحصل بذلك كالكفالة وسواء استعاره فرهنه بإذنه أو قال: أرهن عندك بديني من فلان فيرهنه.

قال: **(وَهُوَ فِي قَوْلٍ عَارِيَّةٌ)** لأنه انتفع بمال الغير مادونه نوع انتفاع.

قال: **(وَالْأَظْهَرُ أَنَّهُ ضَمَانُ دَيْنٍ فِي رَقَبَةِ ذَلِكَ الشَّيْءِ)**؛ لأن الأعيان كالذمم ويصح الضمان في الذمة، فكذا في العين ولا يتعلق ذلك بذمة المعير.

وعن ابن سُرَيْج: إذا جعلناه عارية لم يصح هذا التصرف؛ لأن الرهن ينبغي أن يلزم بالقبض والعارية لا يلتزم، فعليه يشترط أن يكون الرهن ملكًا للراهن.

قال: **(فَيُشْتَرَطُ ذِكْرُ جِنْسِ الدَّيْنِ وَقَدْرِهِ وَصِفَتِهِ)** أي: في الحلول والتأجيل وغيرهما كما في الضمان لاختلاف الأعراض بذلك، وعن القديم أنه لا يشترط ذكر الحلول والتأجيل، ولو عين له المعين قدرًا فله رهنه بمأذونه، فلو زاد قيل يبطل في الزوائد، وفى المأذون قولان تفريق الصفقة، والصحيح المنصوص البطلان في الجميع، كما لو باع الوكيل بالغبن الفاحش لا بقول يصح البيع في القدر الذي يساوي الثمن، هكذا قال القاضي الحسين والرافعي.

واعترض عليهما بأنّا لو أبطلنا في مسألة العين في القدر الذي يساوي الثمن وحده للَزِمِ أن يبطل ما زاله من الثمن ما نقابله فيبقى القدر الذي يساوي الثمن ما قل ما يساوي فيؤدي إلى إبطاله أيضًا فلها لم يجز تفريق الصفقة، وأما هاهنا فالأقرب التخريج على تفريق الصفقة كما صنع صاحب «التقريب».

وإن جرى كثير من الأصحاب على ظاهر النص وعلى طريقة صاحب «التقريب» اقتصر الدَّارِمِي حبسه بقوة.

قال: **(وَكَذَا الْمَرْهُونُ عِنْدَهُ فِي الْأَصَحِّ)** لما قدمناه، والثاني: لا يجب لضعف العرض والوجهان من القولين في اشتراط بعين المضمون له، وهذا كله تفريع على الأظهر وإليه أشار بقوله: فبشرط فأتى معًا للتفريع .

فإن قلنا: إنه عارية لم يشترط ذلك بما شاء من جنس وقدر وبالحال

فَلَوْ تَلِفَ فِي يَدِ الْمُرْتَهِنِ فَلَا ضَمَانَ وَلَا رُجُوعَ لِلْمَالِكِ بَعْدَ قَبْضِ الْمُرْتَهِنِ، فَإِذَا حَلَّ الدَّيْنُ أَو كَانَ حَالًّا رُوجِعَ الْمَالِكُ لِلْبَيْعِ. وَيُبَاعُ إِنْ لَمْ يَقْضِ الدَّيْنَ. ....

والمؤجل. قال الْمُتَوَلِّي: لكن لا يرهنه بأكثر من قيمته؛ لأن فيه ضرر فإنه لا يمكنه فكه إلا بقضاء جميع الدين.

قال: (**فَلَوْ تَلِفَ فِي يَدِ الْمُرْتَهِنِ فَلَا ضَمَانَ**) أي: عليه؛ لأنه يد أمانة، وهل يضمنه الراهن؟ إن قلنا: عارية ضمنه وإلا فلا، ولو تلف في يد الراهن.

قال الشيخ أبو حامد: هو على القولين فيما لو تلف في يد المرتهن.

وقال الغزالي: يضمنه؛ لأنه مستعير. قال في «الروضة»: والمذهب الضمان، وعلى طريقة الشيخ أبي حامد اقتصر أبو محمد في «السلسلة» وعلل عدم الضمان على قول: الضمان بأن يده ليست يد المستعير حتى يضمن ما يضمن المستعير هذا لفظه، وأحسب أن هذا هو المنقول، وإنما ذكره الغزالى في «الوسيط» وغيره دون «البسيط» من تصرفه، والله أعلم.

قال: (**وَلَا رُجُوعَ لِلْمَالِكِ بَعْدَ قَبْضِ الْمُرْتَهِنِ**) إذ لو جاز لم يكن في هذا الرهن.

فائدة: لعدم التوافق به وهذا على قول: الضمان قطعًا، وكذا على قول: العارية على الأصح، وسبق عن ابن سُرَيْج أنه لا يصلح العقد على قول: العارية، وقيل: إن كان الدين حالاً جاز الرجوع، أو مؤجلًا لم يجز إلابعد حلوله.

تنبيهات: احترز بقوله: بعد قبض المرتهن عما لو رجع قبل أن يرهنه المستعير، أو بعد رهنه وقبل إقباضه فإنه الرجوع في الحالين؛ لأنه لم يلزم متى جوزنا الرجوع وكان الرهن مشروطًا في بيع فللمرتهن الخيار إن جهل الحال، كذا قيل: وينبغى أن يتأمل ذلك.

قال: (**فَإِذَا حَلَّ الدَّيْنُ أَو كَانَ حَالًّا رُوجِعَ الْمَالِكُ لِلْبَيْعِ**) كما لو رهنه مالكه.

قال: (**وَيُبَاعُ إِنْ لَمْ يَقْضِ الدَّيْنَ**) أي: وإن كان الراهن موسرًا كما يطالب الضامن مع يسار الأصل، وقوله: يقضي، وهو يضم البائع المعير والمستعير وغيرهما.

ثُمَّ يَرْجِعُ الْمَالِكُ بِمَا بِيعَ بِهِ.

فَصْلٌ: شَرْطُ الْمَرْهُونِ بِهِ كَوْنُهُ دَيْنًا ثَابِتًا لَازِمًا ....

قال: (**ثُمَّ يَرْجِعُ الْمَالِكُ بِمَا بِيعَ بِهِ**) كما لو أداه الضامن في ذمته سواء بيع أكثر من قيمته أو أقل مقدار بيعًا بين الناس بمثله؛ لأنه لم يقض من الدين غيره، وهذا على قول: الضمان وعلى قول: العارية إن بيع بالأقل رجع بتمام القيمة، وإن بيع ما كثر منها، قال الأكثرون: رجع بالقيمة فقط؛ لأن العارية بها تضمن.

وقال القاضي أبو الطيب: يرجع بما بيع به؛ لأنه ثمن ملكه وقد طرق إلى دين الراهن.

قال الرَّافِعِي: وهذا أحسن، واختاره ابن الصباغ، والإمام، والقاضي الروياني، وصوبه الشيخ في «الروضة».

فرع: لو رهن عينًا على دين غيره ثم مات الراهن لم يحل الدين؛ لأنه ضمان دين في عين لا في الذمة، قاله: ابن الصلاح، وهو ظاهر.

قال: (فَصْلٌ: شَرْطُ الْمَرْهُونِ بِهِ كَوْنُهُ دَيْنًا ثَابِتًا لَازِمًا)، احترز بقوله: دينًا عن الرهن بالعين كما سيأتي وسواء الدين المستقر وغيره كدين السلم والعمل في الذمة، وبقوله: ثابتًا عما لم يثبت سواء وجد شبهة وجوبه لنفقة العدة، أو لا؛ لرهنه على ما استقرضه ونحوه، وبقوله: لازمًا عما لا يلزم ولا يئول إلى اللزوم كدين الكتابة كما سياتي لعدم الفائدة.

قلت: وسيأتى شرح القيود الثلاثة، وزاد غيره قيدين آخرين:

أحدهما: أن يكون معلومًا؛ لأن العلم بقدر الدين وصفته يجب أن يكون شرطاً على الجديد على ما هوشرط في الضمان.

قلت: وفى نص «الأم» ما يشهد له، وكذا في كلام الإجارة إذا شرط العمل بنفسه فإنه كالعين لا يجوز الرهن عليه، وكذا العمل في الذمة على وجه.

وقيل: يجوز في إجارة عينه بعد قبضه الأجرة؛ لأنه عمل له قيمة يمكن استيفاؤها منه فجاز كالدين، نقله الماوَرْدِي.

تنبيه: كلما صح الرهن صح ضمانه قطعًا ومالًا ولا إلا ضمان العهدة؛

فَلَا يَصِحُّ بِالْعَيْنِ الْمَغْصُوبَةِ وَالْمُسْتَعَارَةِ فِي الْأَصَحِّ وَلَا بِمَا سَيُقْرِضُهُ.

وَلَوْ قَالَ: أَقْرَضْتُك هَذِهِ الدَّرَاهِمَ وَارْتَهَنْتُ بِهَا عَبْدَكَ فَقَالَ اقْتَرَضْتُ وَرَهَنْتُ أَو قَالَ بِعْتُكَهُ بِكَذَا وَارْتَهَنْتُ الثَّوْبَ بِهِ فَقَالَ اشْتَرَيْتُ وَرَهَنْتُ صَحَّ فِي الْأَصَحِّ، ....

فلأنه لا يصح على المذهب، وكذا رد الأعيان المضمونة يصح ضمانه لا الرهن به على الأصح.

قال: **(فَلَا يَصِحُّ بِالْعَيْنِ الْمَغْصُوبَةِ وَالْمُسْتَعَارَةِ فِي الْأَصَحِّ)** لا يمكن استيفاؤها من المرهون، والثاني: يصح كضمانها على الأصح.

تنبيه: لو قال: العين المضمونة لكان أحصر وأسهل، إذا المغصوب، والمستعار والمأخوذ سومًا، أو بيع فاسد والمبيع قبل القبض وسائر الأعيان المضمونة في ذلك سواء، وقد شملها قول «المحرر» فلا يصح الرهن بالأعيان وإن كانت مضمونة كالمستعار والمغصوب، وزاد التصريح بغير المضمونة.

واعلم أن الأكثرين جزموا بالمنع ومقابله رواه الرافعى عن نقل الإمام ولم يصرح بلفظه، ولا يجوز الرهن بالعين في المذهب الظاهر على أن الوجه المشار إليه يمكن حمله على ضمان العهدة، فلا يمكن إجراؤه في سائر الأعيان المضمونة وسواء ثبت أم لا فلا يجزئ فيمن عليه حد أو قصاص.

قال: **(وَلَا بِمَا سَيُقْرِضُهُ)** أي: وما في معناه لمن ما يسير به كما صرح به «المحرر» لعدم الثبوت. وقيل: إن عين ما استقرضه صح.

وقيل: إن تراهنا بالثمن ثم تعاقدا قبل التفرق صح الرهن إلحاقًا للواقع في المجلس بالمقارن.

قال: **(وَلَوْ قَالَ: أَقْرَضْتُك هَذِهِ الدَّرَاهِمَ وَارْتَهَنْتُ بِهَا عَبْدَكَ، فَقَالَ: اقْتَرَضْتُ وَرَهَنْتُ، أَو قَالَ بِعْتُكَهُ بِكَذَا وَارْتَهَنْتُ الثَّوْبَ بِهِ، فَقَالَ: اشْتَرَيْتُ وَرَهَنْتُ صَحَّ فِي الْأَصَحِّ)** أي: المنصوص، وقول الجمهور: إذا شرط الرهن فيهما جائز، فكذا صرحه وأولى؛ لأن الوثيقة هنا آكد، أو قد لا يفي بالشرط.

والثاني: لا يصح وهوالقياس لتقدم أحد ينفى عقد الرهن قبل ثبوت الدين.

قال الرَّافِعِي: وضابط المسألة أن يتقدم الخطاب بالبيع على الخطاب

وَلَا يَصِحُّ بِنُجُومِ الْكِتَابَةِ وَلَا بِجَعْلِ الْجَعَالَةِ قَبْلَ الْفَرَاغِ، وَقِيلَ يَجُوزُ بَعْدَ الشُّرُوعِ.
وَيَجُوزُ بِالثَّمَنِ فِي مُدَّةِ الْخِيَارِ، وَبِالدَّيْنِ رَهْنٌ بَعْدَ رَهْنٍ، ....

بالرهن، وجواز المبيع على جواز الرهن، وكذا القرض وغيره فلو تأخر لم يصح.

قال: (**وَلَا يَصِحُّ بِنُجُومِ الْكِتَابَةِ**)؛ لأن الرهن توثيق بالدين وللمكاتب إسقاطه بتعجيز نفسه، وقيل: لا يصح في وجه وليس بشيء وفى معنى النجوم الذكاء والعقل قبل مضي حولها.

قال: (**وَلَا بِجَعْلِ الْجَعَالَةِ قَبْلَ الْفَرَاغِ**) أي: وإن شرع في العمل لعدم لزومه أدلة الإعراض عنه، وأما بعد الفراغ فيصح الرهن به جزمًا للزومه.

قال: (**وَقِيلَ: يَجُوزُ بَعْدَ الشُّرُوعِ**) كالثمن في زمن الخيار.

قال الشيخ: وظاهر كلام الأكثرين أو الاكثر من أن الخلاف جارٍ أيضًا قبل العمل، انتهى.

فيأتي وجه ثالث يجوز بعد الشروع لا قبله، وصورة المسألة أن يقول: من جاء بعبدي الآبق مثلًا فله كذا، فيقول قائل: أعطني به رهنًا وأنا أتيك به، أو يقول: إن رددته فهكذا، وهذا رهن به فلو قال: من جاء به فله دينار وهذا رهن به فهل يصح ويسقط القبول في الرهن تبعًا لمال الجعالة أولًا.

تصح مؤن المرتهن عن معين الظاهر.

الثاني: ذكر هذا التردد الحصري من «شرح المهذب» من غير نقل.

قال: (وَيَجُوزُ بِالثَّمَنِ فِي مُدَّةِ الْخِيَارِ) لقربه من اللزوم، وهو كما قال الإمام تفريع على أن الخيار لا يمنع نقل الملك في الثمن إلى البائع، فإن قلنا: يمنع فالظاهر منع الرهن لوقوعه قبل ثبوت الدين. وقال في «البسيط»: ولا شك أنه تفريع على قول: زوال الملك واستحقاق الثمن، انتهى.

ولا شك أنه لا يباع المرهون في الثمن ما لم ينقض الخيار.

قال: (**وَبِالدَّيْنِ رَهْنٌ بَعْدَ رَهْنٍ**) أي: ويحوز إنشاء رهن ثاني وثالث وأكثر بالدين الواحد؛ لأنه زيادة في الوثيقة، كما لو رهنها أو رهنهما معًا.

وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَرْهَنَهُ الْمَرْهُونَ عِنْدَهُ بِدَيْنٍ آخَرَ فِي الْجَدِيدِ.

قال: **(وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَرْهَنَهُ الْمَرْهُونَ عِنْدَهُ بِدَيْنٍ آخَرَ فِي الْجَدِيدِ)** أي: وإن وفى بالمدينين كما لا يجوز رهنه عند غير المرتهن والقديم ونقله ابن كج وغيره، وعن الجديد أيضًا أنه يجوز كما تجوز الزيادة على الرهن بدين واحد، وفرقوا بأن الرهن الأول مشغول بالدين الأول بخلاف الدين فإن الزيادة في الرهن بشغل فارغ فيصح، والزيادة في الدين شغل مشغول فلا يصح.

تنبيهات: منها: لو فدى المرتهن الجاني وشرط أن يكون رهنًا بالفداء والدين والمذهب في «الروضة» وهو ما رجحه الْبَغَوِي والرافعى، وجزم به ابن أبي عصرون في «تنبيهه» أنه يصح؛ لأنه من مصالح الرهن إذ به يبقى، وقيل: فيه القولان في رهنه بدين آخر، ونسبه الشيخ أبو محمد في «السلسلة» إلى الأكثرين.

قيل: وهو أقوى الطريقين، وعبارة «السلسلة» فيه قولان على طريقة أكثر أصحابنا فذكر قول المنع، ثم قال: والثاني يجوز وصار فى التقرير كان الملك عن الرقبة بسبب الجناية، ثم عاد وتجدد الرهن وساق كلامه وتوجيهه وما بنى عليه القولين يشعر كأنهما غير القولين حيث لا جناية، ولو أنفق المرتهن على الرهن بإذن المالك على أن يكون رهنًا بهما.

قال القاضي أبو الطيب وغيره: فيه الطريقان، وفيه نظر إذا قدر المالك على الإنفاق ولو أنفق عند العجز بإذن الحاكم.

قال في «الروضة»: فيه الطريقان في يد الجاني المذهب الصحة.

ومنها: قضية إطلاق الجمهور أنه لا فرق على القولين بين كون الدين الثاني من جنس الأول أو لا، وفي الاستقصاء أعيان كان الاول دراهم والثانى دنانير، وقلنا بالجواز إذا كان الثانى دراهم فها هنا وجهان أقيسهما أنه يجوز.

قلت: فلعل هذا يصح إطلاق الجمهور الخلاف وعلى مقابلة الخلاف إذا اتحد جنس المدينين، فإن اختلف امتنع قطعًا، ولا وجه لهذا أو غلط من شرح «المنهاج» حيث جعل هذه الصورةمستثناه على الجديد وقيد به إطلاق الكتاب المنع عليه.

وَلَا يَلْزَمُ إِلَّا بِقَبْضِهِ مِمَّنْ يَصِحُّ عَقْدُهُ ....

ومنها: قضية إطلاق المصنف وغيره المنع على الجديد أنه لا فرق بين أن يكون الرهن قد لزم بالإقباض أم لا، وأنه لا فرق بين الرهن المشروط ورهن التبرع، ولم أر فيه نصًّا.

ولينظر أيضًا فيما لو كان الرهن مستعارًا ثم رهنه المستعير بدين آخر عند المرتهن بإذن المعير هل الحكم كما لو كان ملكه، أم يجوز هنا جزمًا أم يفترق الحال بين أن يكون الدين الأول يستغرق قيمته فلا يجوز وإلا فيجوز.

وذكرت في «الغنية» أن الظاهر الجواز عندي فيه يوقف الآن.

فرع: قال في «الروضة»: لو مات وعليه دين مستغرق فرهن الوارث التركة عند صاحب الدين على شيء آخر أيضًا ففي صحته وجهان بناءً على هذين القولين، والوجه القطع المنع؛ لأن للميت حقًّا لتبرئة ذمته فرهن التركة لرهن المرهون من غير الراهن، وهو ممتنع وفاقًا.

وقوله: مستغرق لا حاجة إليه؛ لأن الصحيح يعلق الدين بجميع التركة وإن قل. وقال الروياني وغيره: لو رهن الوارث التركة بدين عليه وعلى الميت دين فوجهان، المذهب أنه لا يصح، فإن صححناه قلنا: للوارث إما أن يقضي دين الميت من مالك وإلا فسخنا الرهن وقضينا منه دين الميت؛ لأنه حق سابق، انتهى.

فإن كانت هذه صورة «الروضة» فلا معنى له عند صاحب الدين على شيء آخر إلا إن يريد على شيء آخر على الميت أيضًا، وإن كانت غيرها فهذا هو الخلاف في تصرف الوارث في التركة، وعلى الميت دين وسيأتي بيانه إن شاء الله تعالى.

قال: **(وَلَا يَلْزَمُ إِلَّا بِقَبْضِهِ)** أي: كالبيع وغيره، وهذا للزوم من جهة الراهن، أما المرتهن لنفسه فله فكه متى شاء مع دوام إطلاق تصرفه.

قال: **(مِمَّنْ يَصِحُّ عَقْدُهُ)** أي: فلا يصح من محجور عليه لفقد الأهلية سواء كان قابضًا ومقبضًا، ولو أذن له في قبضه، ثم جُن الراهن أو أُغمي عليه أو حُجر عليه لم يجز قبضه على المذهب.

وَتَجْرِي فِيهِ النِّيَابَةُ لَكِنْ لَا يَسْتَنِيبُ الرَّاهِنَ وَلَا عَبْدَهُ، وَفِي الْمَأْذُونِ لَهُ وَجْهٌ، وَيَسْتَنِيبُ مُكَاتَبَهُ].

قال: **(وَتَجْرِي فِيهِ النِّيَابَةُ)** أي: من الطرفين؛ **(لَكِنْ لَا يَسْتَنِيبُ الرَّاهِنَ)** راهنًا لأدائه إلى إيجاد القابض والمقبض ولا حق بأنه لو وكَّل الراهن وكيلًا في عقد الرهن فقط ففعل، ثم وكله المرتهن في القبض أنه يصح، وقس بهذا ما في معناه، وكلام المصنف في الراهن عن نفسه فلا يرد عليه ذلك.

قال: **(وَلَا عَبْدَهُ)** أي: عبد الراهن عن نفسه كما سبق فإن كان أو مدبرًا أو مأذونًا أو أم ولد؛ لأن يدهم يده، وحكى الشاشى المنع عن «الحاوي»، ثم قال: وفيه نظر؛ لأن يد العبد يد المولى فيما لم يعرف جهة يده فيه فينبغى أن يصح قبضه سيما إذا كان بإذن مولاه وهذا حسن؛ لأنه منع الإذن نوع استعارة.

قال: **(وَفِي الْمَأْذُونِ لَهُ)** أي: في التجارة.

(وَجْهٌ)؛ لأنه منفرد باليد والتصرف كالمكاتب، وقيل: إن ركبته الديون جاز وإلا فلا، وزعم شارح أن الظاهر بحثًا أن المبغض كالمكاتب وليس كما قال: نعم إن كان مهابيًّا، واستنيب في يومه نفسه فالظاهر الصحة وإلا فلا.

واعلم أن صورة المسألة في «الروضة» والشرحين كما سبق في كثير من نسخ «الشرح الكبير» ولا يجوز أمانة الراهن للمرتهن إلى آخره، وهو صحيح في المعنى وفى مثله قول «الحاوي» لو قال الراهن: وكلتك في قبضه لنفسك لم يصح، فالحكم في أمانة الراهن للمرتهن وعنده بالعكس سواء في عدم الصحة فيما يظهر، وقد يتوقف فيه فإنهم أطلقوا أنه لو أذن له في قبضه صح وهو إنابة في المعنى الأن يتضح فرق.

قال: **(وَيَسْتَنِيبُ مُكَاتَبَهُ)** أي: كتابته صحيحة؛ لأنه معه كالأجنبي.

فرع: دفعه الراهن إليه ناويًا الوديعة ثم اختلفا فقال المرتهن: قبضته عن الراهن، وقال الراهن: بل وديعة، ففى المصدق وجهان.

قال الإمام: وللفرع التفاوت على أن اليد هل تدل على الراهن، انتهى.

وقضيته أن الأصح أن المصدق الراهن وهو الأقرب.

قال المصنف: [وَلَوْ رَهَنَ وَدِيعَةً عِنْدَ مُودِعٍ أَو مَغْصُوبًا عِنْدَ غَاصِبٍ لَمْ يَلْزَمْ مَا لَمْ يَمْضِ زَمَنُ إِمْكَانِ قَبْضِهِ، وَالْأَظْهَرُ اشْتِرَاطُ إِذْنِهِ فِي قَبْضِهِ.

فرع: قال: وغيرهما أن صفة القبض هنا كالبيع، وقال القاضي الحسين: لا تكفي التخلية هنا في المنقول وإن كفت في البيع.

وقال في «البحر» تبعًا للشامل: لو حكى بينه وبين الدار وفيها قماش للراهن صح التسليم في الدار خلافًا لأبي حنيفة، قالا: وليس بصحيح؛ لأن ما كان قبضًا في البيع كان قبضًا في الرهن، وهذا منهما تصريح بأن قبض الدار المبيعة المشغولة بالأمتعة يصح، وادعى الإمام أنه المذهب؛ لكن الصحيح خلافه، وكنت أود أن لو قيل: أن ذلك يكون قبضًا في الرهن دون البيع، والفرق لا يصح.

وقال شارح: الذي أقوله في البابين أنه إن خلّى بينه وبين الدار وما فيها على أن تكون الدار مقبوضة عن العقد والأمتعة وديعة أو عارية ورضي بذلك صح، وأن خلى بينهما ولم يتعرض لما فيها فإن قل لحضر وبعض ما عون لم يقدح في التخلية، وإن كثرت الأمتعة بحيث لا يمكن معها الانتفاع، فهذا محل الخلاف في قبض الدار المشحونة، ومع ذلك فينبغي إذا أزال الأمتعة أن يحكم حينئذٍ بصحة القبض بالتخلية المتقدمة.

ثم قال في كتاب آخر: ومن حظه له منازعة فيما ذكرناه فليتأمل منفرق كلام الأصحاب هنا، وفى بيع الدار وما فيها، والدار المشتملة على الحجارة، ثم لينظر بعد ذلك، انتهى.

قال: **(وَلَوْ رَهَنَ وَدِيعَةً عِنْدَ مُودِعٍ أَو مَغْصُوبًا عِنْدَ غَاصِبٍ)** أي: ونحوهما من مستعير ومستلم ومستأجر وقابض ببيع فاسد ونحوهم.

(لَمْ يَلْزَمْ مَا لَمْ يَمْضِ زَمَنُ إِمْكَانِ قَبْضِهِ)، أي: على المذهب الصحيح.

خلافًا لحرملة حيث قال: يلزم العبد بنفسه لأنا لا نجعل دوام اليد كابتداء القبض فلا أقل من زمان يتصور فيه ابتداء القبض.

قال: **(وَالْأَظْهَرُ اشْتِرَاطُ إِذْنِهِ فِي قَبْضِهِ)**؛ لأن اليد الثانية كانت عن غير

....

جهة الرهن، والثاني لا يشترط؛ لأن العقد مع ذي اليد تتضمن الإذن في القبض، فعلى هذا الزمان معتبر من العقد وعلى الأظهر من حين الإذن فإن كان المرهون حاضرًا فيتأتى القبض بأن يمضي زمن يمكنه نقله إلى موضع آخر، وكل مقبوض يحسبه فيعتبر في المنقول زمن إمكان نقله وفى العقار مقدار التخلية، وإن كان غائبًا فيعتبر مع هذا زمان على الوصول إليه فيه خلافًا لحرملة، وهل يعتبر مع ذلك نفس المصير إليه ومشاهدته فيه وجوه:

أحدها: أنه لا بد أن يمضي إليه أو وكيله ويشاهده ثم يمضي زمن يمكنه فيه القبض وهذا ما رجحه الشيخ أبو حامد، وسليم الرازى وغيرهما.

وقال الْبَنْدَنِيجِي: أنه المذهب ونسبه المصنف في «التنقيح» إلى اختيار العراقيين مطلقًا عملًا بنص «الأم» حيث قال: لو كان الرهن أرضًا أو دارًا غائبةً عن المرتهن وهى وديعة في يده فأذن له في قبضها لم تكن مقبوضة حتى يحضرها المرتهن أو وكيله بعد الرهن مسلمة لا حائل دونها؛ لأنها إذا كانت غائبة فقد يحدث لها مانع فلا تكون مقبوضةً أبدًا إلا بأن يحضرها المرتهن أو وكيله ولا حائل دونها.

وقال في «الأم»: أيضًا لو كان العبد غائبًا عن المرتهن لم يكن قبضًا حتى يحضر كالبيع إذا باعه ما في يده وكان غائبًا عنه لم يكن مقبوضًا حتى يحضره المشتري بعد البيع، ولو كان عنده ثياب أو شيء مما يزول بنفسه وديعة أو عارية أو إجارة فرهنه إياها وأذن له في قبضها وهى غير غائبة عن منزله كان قبضًا، وإن كانت غائبة عن منزله لم يكن قبضًا، وإن رهنه إياها في سوق أو مسجد وهى في منزله فأذن له في قبضها لم يكن قبضًا حتى يصير إلى منزله وهى فيه، ويكون لها حينئذٍ قابضًا، انتهى.

والوجه الثاني قاله أبو إسحاق إن كان مما ينتقل كالحيوان إن لم يصر مقبوضًا إلابأن يمضي إليه لجوز أن يكون قد انتقل من المكان الذي كان فيه، وإن كان مما لا ينتقل كفى مضى زمن يسع المضي إليه وصححه الروياني ومال إليه القاضي أبو الطيب.

....

وقال: إن الشَّافِعِي نص على مثله في «الأم»، انتهى.

ونصه السابق في الأرض والدار برده احتمال أحد غير الحيوان والهلال وسيأتي هذا الوجه أو غيره عن الماوَرْدِي بزيادة.

والوجه الثالث: إنه إن أخبره ثقة أنه باقٍ على صفته ومضى زمان يتأتى فيه القبض صار مقبوضًا.

والرابع: إنه لا يغير المصير إليه مطلقًا نقله القاضي الحسين، والإمام، وصححه الْبَغَوِي، وتبعه الشيخان مع قولهما: أن الأول ظاهر النص.

قال بعض المطلعين: ولم أر من صححه غير الْبَغَوِي ومن تبعه.

قلت: ادعى الروياني في «الحلية» أنه ظاهر المذهب وليس كذلك، ثم قال: وقال أبو حامد وجماعة: يحتاج إلى مشاهدته فذكر الوجه الأول قال: وهو القياس والاختيار، وما سبق من النصوص يرد على الْبَغَوِي وتأويلها بالتردد في معانيه برده نصه في الأرض حملها على الاحتياط خلاف الظاهر، وإنما يصار إليه إذا كان له نصوص تحالفه، وقول الشَّافِعِي فلا يكون مقبوضًا أبدًا إلا بأن يحضرها المرتهن أو وكيله.

وقوله: حتى يصير إلى منزله وهي فيه فيكون لها حينئذٍ قابضًا يأتي الحمل على الاحتياط، فالمذهب الوجه الأول.

وقال الماوَرْدِي: إن شك في بقائه في يده بأن كان حيوانًا يدخل ويخرج، أو في زمن خوف فتمام القبض أن يمضي المرتهن بعد القبض إلى موضعه ويشاهده، وفى احتياجه إلى مضي الراهن معه وجهان، فإن قلنا: يحتاج مضيًّا أو وكيلاهما ويستأنفا عقد الرهن بعد الرؤية، وهل يفتقر إلى إذن في القبض بعد مشاهدته فيه؟ الوجهان، انتهى، وطريقة غرسه شاذة.

إشارة: اقتصار المصنف على مضي الزمان والإذن مقتضى الاكتفاء بهما تبعًا للبغوي، وجميع ما رأيته من نصوص الشَّافِعِي تخالفه فاعلم.

فروع: إذا اعتبرنا المضي إليه ووجده لا حائل دونه كفى ولا يحتاج معه

وَلَا يُبَرِّئُهُ ارْتِهَانُهُ عَنْ الْغَصْبِ، وَيُبَرِّئُهُ الْإِيدَاعُ فِي الْأَصَحِّ.

إلى نقل باتفاق العراقيين، وحكى غيرهم فيه وجهان، والتوكيل في ذلك كافٍ كما سبق.

وقيل: لا وثمرة الخلاف في رجوع الإذن فإن رجع بعد جميع ما اعتبرناه في القبض فلا أثر لرجوعه، وإن رجع قبله صح رجوعه، وفيما إذا خرج عن الأهلية قبل ذلك أيضًا، وفيما إذا تلفت العين قبل مضي ما شرطناه وكان الرهن مشروطًا في بيع ثبت الخيار.

وإن كان التلف بعده فلا لومضت يمكن إن بعث رسولًا فيقبضه فادعى المرتهن أنه قبضه ونازعه الراهن؛ فالقول قول المرتهن، نص عليه الشافعي رضي الله عنه ولم أر ما يخالفه، ويحتمل أن يجري فيه وجه آخر تمسكًا بأن الأصل عدم القبض، ولو رهن من نفسه مال ولده وبالعكس ففي اشتراط مضي الزمان وجهان، وقصد الأب قبضًا وإقباضًا كالإذن الجديد.

قال: **(وَلَا يُبَرِّئُهُ ارْتِهَانُهُ عَنْ الْغَصْبِ)**؛ لأن الرهن لاينافي الضمان.

قال الإمام: ولم أقف على خلاف ولا غيره مما يذكر في كُتب الخلاف.

قلت: ولعل من أشار إليه وافق المزني في أنه يصير أمانة.

قال: **(وَيُبَرِّئُهُ الْإِيدَاعُ فِي الْأَصَحِّ)**؛ إذ الوديعة تنافي الضمان فتضمنت الإبراء. قال الْمُتَوَلِّي: هو ظاهر النص، والثاني: لا يبرأ كالرهن.

وذكرت في «الغنية»: في الوديعة أنها صارت مضمونة لما أحدث له المالك اشتمالًا أنه يبرأ على الأصح.

قال الرافعي: إنه ظاهر نصه في باب العارية، وقال أبو الطيب: في «المجرد» أنه نصه هناك ومذهبه، قال: وقد قال الشَّافِعِي: إن الغاصب لا يبرأ من الضمان حتى يرده على صاحبه أو يريه من ضمان الغصب.

قال الرافعي: وروى بعضهم الآخر عن نصه في «الأم» فعلى هذا يجوز التعبير عن الخلاف بالقولين.

قلت: ونصه في «الأم» مصرح به في مواضع فالحق أن المسألة على

وَيَحْصُلُ الرُّجُوعُ عَنْ الرَّهْنِ قَبْلَ الْقَبْضِ بِتَصَرُّفٍ يُزِيلُ الْمِلْكَ كَهِبَةٍ مَقْبُوضَةٍ وَبِرَهْنٍ مَقْبُوضٍ وَكِتَابَةٍ. ....

قولين، ولولا إطلاق الجمهور وترجح الاكتفاء بالاستئمان المجرد لوجب أن يقال مذهبه عدم الاكتفاء به، فإن ما ذكره في باب العارية من «الأم» و«المختصر» محتمل، وغيره صريح في أنه لا يبرأ إلا بالرد إلى المالك، وكذلك قال في «البيان»: إن المذهب أنه لا يبرأ؛ لكن المنسوب إلى ترجيح الجمهور البرأة والاستئمان كاستأمنتك عليها أو أودعتك إياها أو أذنت لك في حفظها ثانيًا أو أبرأتك من ضمانها.

قال ابن يونس في «محيطه»: ينبغى عندي أنه بإحداث الإيداع يعود أمينًا وما لا برئ من الضمان لا يصح؛ لأنه أبرأ عما لم يجب بخلاف الإيداع، وهذا حسن ففيه فتأمل ما سبقناه مع مسألة الكتاب هنا فهما متقاربان، واعلم أن المفهوم من كلام المصنف وغيره أن إذنه له في قبضه من نفسه أو إمساكه عن الرهن لا يبرئه من ضمان الغصب.

وقال الروياني في «الحلية»: عقد الرهن لا يزيل ضمان الغصب خلافًا لأبي حنيفة، ومالك وأحمد والمزني -رضى الله عنهم- ولو أذن له بعد الرهن بإمساكه رهنًا ومضت مدة يتأتى فيها قبضه، يصير رهنًا تامًّا ويزول الضمان، ذكره بعض أصحابنا.

وهو الاختيار كما لو أبرئه من ضمان الغصب، ثم رهنه أو استرده بعد رهنه، ثم أقبضه وكما لو دفعه إلى العدل بإذنه بعد رهنه عنده، انتهى والله اعلم.

قال: (**وَيَحْصُلُ الرُّجُوعُ عَنْ الرَّهْنِ قَبْلَ الْقَبْضِ بِتَصَرُّفٍ يُزِيلُ الْمِلْكَ كَهِبَةٍ مَقْبُوضَةٍ وَبِرَهْنٍ مَقْبُوضٍ وَكِتَابَةٍ**) ويحصل الرجوع عن الرهن قبل القبض بتصرف يزيل الملك هبة مقبوضة، وبرهن مقبوض وكتابة، أما في الهبة ونحوها فلزوال الملك، وأما في الرهن والكتابه فلتعلق حق الغير بالعين.

واعلم أن ضابط التصرف المبطل للرهن قبل القبض أن يكون ذلك للتصرف أو مقصوده منافيًا للرهن وهذا مطرد منعكس على المذهب، وكلام الرَّافِعِي يفهم

وَكَذَا تَدْبِيرُهُ فِي الْأَظْهَرِ وَبِإِحْبَالِهَا، لَا الْوَطْءِ وَالتَّزْوِيجِ.

خلاف ما قاله الأصحاب فإنه قيد الرهن والهبة بالقبض فيكون اختيار قول الربيع وهو مخالف لمارجحه في التدبير ورجح في الوصية أن الرهن بدون القبض رجوع وحمل حامل كلامه هنا على أنه ذكر حكم الرهن مع القبض، وسكت عما إذا كان بدونه فله، وهذا مكلف ولفظ «المنهاج» وأصله ظاهر في التقييد بالقبض، والصواب على المذهب حذف لفظة القبض في الهبة والرهن جميعًا.

وأحسن شارح فقال: كل تصرف يمنع ابتداء الرهن يفسخه إذا طرأ قبل القبض، وكل تصرف لا يمنع ابتداء الرهن لا يفسخه قبل القبض الا الرهن والهبة من غير قبض على النص، وخرج الربيع قولًا أنه يكون رجوعًا، انتهى.

قال الْعِمْرَانِي وغيره: الرهن من غير قبض رجوع على المشهور؛ لأن موجبه ينافي الرهن، وعلى تخريج الربيع الآتى في التدبير لا يكون رجوعًا.

قال: **(وَكَذَا تَدْبِيرُهُ فِي الْأَظْهَرِ)** أي: المنصوص لمنافاة المقصودين وإشعاره بالرجوع.

والثانى: خرَّجه الربيع لا إذ الرجوع عن التدبير ممكن، وجعله الإمام والغزالي أقيس والمذهب الظاهر الأول، والتعليق بالصفة ولو باع بشرط الخيار بطل الرهن.

قال: **(وَبِإِحْبَالِهَا)** أي: بلا خلاف.

(لَا الْوَطْءِ)؛ لأنه بمجرده ليس شيئًا لزوال الملك، ولم يفرقوا بين حالة العزل وغيرها، وابن الحداد فرق بين الحالين في الرجوع عن الوصية بها.

قال: **(وَالتَّزْوِيجِ)** أي: سواء كان المرهون عبدًا أو أمة؛ لأنه لا تعلق له بمورد العقد ولا منافاة بين التزويج والرهن إذ تزويج المرهون والمرهونة جائز ابتداءً.

فائدة: لو كان رجوع الولي عن تسليم الرهن يضر بالمحجور عليه لفسخ البائع البيع المشروط فيه الرهن، وكانت الغبطة ظاهرة ظهورًا كثيرًا في الشراء، كما لو اشترى له ما يساوي مائة بعشرة، ورهن عليه ما يساوي مائة، ولو امتنع من تسليم الرهن بفسخ البائع للبيع، فالقياس أنه لا يجوز له الامتناع من التسليم،

وَلَوْ مَاتَ الْعَاقِدُ قَبْلَ الْقَبْضِ أَو جُنَّ أَو تَخَمَّرَ الْعَصِيرُ أَو أَبَقَ الْعَبْدُ، لَمْ يَبْطُلْ الرَّهْنُ فِي الْأَصَحِّ.

ويأثم بتركه وإن لم يجبره الحاكم عليه، ويحتمل أنه لو باعه لم يصح بيعه لما أشرنا إليه إلا أن تكون الغبطة في بيعه أكثر مما يفوت من السلعة المشتراة.

قال: (**وَلَوْ مَاتَ الْعَاقِدُ قَبْلَ الْقَبْضِ أَو جُنَّ أَو تَخَمَّرَ الْعَصِيرُ أَو أَبَقَ الْعَبْدُ، لَمْ يَبْطُلْ الرَّهْنُ فِي الْأَصَحِّ**)، كما لو مات البائع، أو جُن في زمن الخيار.

والثاني: يبطل كما لو كَاله.

واعلم أن العاقد يشمل الراهن والمرتهن، ونقل وجهين في الصور الأربع غريب، وحاصل «الروضة»، و«التنقيح» على ما اصطلحه أنه لا يبطل بموت العاقد على الأظهر ولا بجنونه وإغمائه على المذهب، ولا بالنجم والإباق على الأصح، ونقله الْمُتَوَلِّي في كتاب «البيع»، عن نص الشَّافِعِي.

مطلب: واعلم أن نصوص الشَّافِعِي تقتضي أنه يبطل بموت الراهن دون المرتهن، والفرق أن بموت الراهن يحل الدين، فإن لم يكن دين بغير المرتهن فديته تتعلق بالتركة وحده، وإن فقد تعليقًا تعين الرهن لكونه قبل القبض فلا حاجة إلى إبقاء الرهن على التقدير، وَفِي مَوْتِ الْمُرْتَهِنِ الدَّيْنُ بَاقٍ بِحَالِهِ وَالْوَثِيقَةُ حَقٌّ لِلْمُرْتَهِنِ وَوَرَثَتُهُ مُحْتَاجُونَ إِلَيْهَا، فَانْتَقَلَتْ إِلَيْهِ كَسَائِرِ الْحُقُوقِ.

والثانية: لا تنفسخ بموت واحد منهما، وادعى البندنيجي أنها المذهب.

والثالثة: إجراء قولين أظهرهما أنه لا ينفسخ، واعتمدها المصنف تبعًا للأكثرين؛ لكن المختار الأقوى الطريقة الأولى لنصوص الشَّافِعِي، ومساعدة المعنى.

وقال الْجُرْجَانِي: إذا مات الراهن انفسخ، أو المرتهن فلا، في أصح القولين، وهذه طريقة رابعة.

وأما الجنون، فالمذهب المشهور أنه لا يبطل به الرهن، ورتبه المصنف وغيره على الموت، وأولى بعدم الإبطال وطروء حجر السفه، أو الفلس على أحدهما كالجنون على أحدهما كالجنون.

وَلَيْسَ لِلرَّاهِنِ الْمُقْبِضِ تَصَرُّفٌ يُزِيلُ الْمِلْكَ، لَكِنْ فِي إِعْتَاقِهِ أَقْوَالٌ أَظْهَرُهَا يَنْفُذُ مِنْ الْمُوسِرِ وَيَغْرَمُ قِيمَتَهُ يَوْمَ عِتْقِهِ رَهْنًا، وَإِذَا لَمْ نُنَفِّذْهُ فَانْفَكَّ لَمْ نُنَفِّذْهُ فِي الْأَصَحِّ.

وأما تخمر العصير، ثم تحمله قبل القبض، ففي بطلان الرهن بالكلية وجهان: أحدهما يبطل، وبه جزم ابن الصباغ والروياني والعمراني، وصحح في«المحرر» وغيره المنع، وعلى الوجهين: لو كان الرهن مشروطًا في بيع، فللبائع الخيار؛ لأن الخل دون العصير، ولا يصح الإقباض في حال الخمرية، فلو فعل فتخلل استأنف.

قال: (**وَلَيْسَ لِلرَّاهِنِ الْمُقْبِضِ تَصَرُّفٌ يُزِيلُ الْمِلْكَ**) لتقويته الوثيقة، فيبطل على القديم، موقوف على الفكاك وعدمه. ورأى الإمام تخريجه على الخلاف في بيع المفلس، ونحوه في زمن الحجر.

إشارة: يستثنى من إطلاقه قبله قصاصًا ودفعًا، وكذا بالردة والحرابة إن كان الراهن إمامًا ونحوه، ولو كان طعامًا فاضطر إليه، فالظاهر أن له أكله، وبذله للمضطر، ويضمن بدل الطعام رهنًا مكانه.

قال: (**لَكِنْ فِي إِعْتَاقِهِ أَقْوَالٌ أَظْهَرُهَا يَنْفُذُ مِنْ الْمُوسِرِ**) أي: دون المعسر؛ لأنه عتق يبطل به حق الغير، كعتق العبد المشترك، والثاني: ينفذ مطلقًا لأنه ملكه، وثالثها: عكسه؛ لأنه عقد لازم له حجر فيه على نفسه، فلا يتمكن من إبطاله، ومتى نفذنا ففي الحال، وقيل: على الأقوال في إعتاق الشريك.

قال: (**وَيَغْرَمُ قِيمَتَهُ يَوْمَ عِتْقِهِ رَهْنًا**) أي: من غير إنشاء عقد ارتهان عليها؛ لقيامها مقام الراهن، وأما تغريمه القيمة فجبرًا لحق المرتهن، وإنما اعتبرت قيمته يوم العتق؛ لأنه وقت الإتلاف. وأشار بعضهم إلى محي الخلاف في وقت نفوذ العتق. قال الإمام: ويكون الدفع بقصد الغرم، وكذا سائر الديون، فلو ادعى الإيداع فيما دفعه صدق بيمينه، انتهى.

ولا يخلو هذا عن نزاع سيما إذا دلت الحال على قصد الإبقاء والغرم.

قال: (**وَإِذَا لَمْ نُنَفِّذْهُ**) إما لإعساره، أو على قول المنع مطلقًا.

(**فَانْفَكَّ**) أي: بأداء أو غيره. (**لَمْ نُنَفِّذْهُ فِي الْأَصَحِّ**)؛ لأنه أعتقه حين لا يملك

وَلَوْ عَلَّقَهُ بِصِفَةٍ فَوُجِدَتْ وَهُوَ رَهْنٌ فَكَالْإِعْتَاقِ، أَو بَعْدَهُ نَفَذَ عَلَى الصَّحِيحِ.
وَلَا رَهْنُهُ لِغَيْرِهِ، وَلَا التَّزْوِيجُ. وَلَا الْإِجَارَةُ إنْ كَانَ الدَّيْنُ حَالًّا أَو يَحِلُّ قَبْلَهَا،

إعتاقه، فصار كمحجور بسفه أعتق ثم رشد، وهذا نص المختصر، والثاني ينفذ، وقطع به جماعة؛ لزوال المانع، وهو نصه في كتاب «الطهارة»، فإذًا الخلاف قولان، ولو بيع في الدين، ثم ملكه لم يعتق جزمًا، وقيل: على الخلاف.

قال: **(وَلَوْ عَلَّقَهُ)** الراهن.

(بِصِفَةٍ فَوُجِدَتْ وَهُوَ رَهْنٌ فَكَالْإِعْتَاقِ) إذ التعليق مع الصفة كالتنجيز.

قال: **(أَوْ بَعْدَهُ)** أي: بعد انفكاك الرهن.

(نَفَذَ عَلَى الصَّحِيحِ)؛ لعدم المزاحم، والثاني: لا اعتبار حالة التعليق ولو علق عتقه بانفكاكه نفذ بلا خلاف بخلاف ما لو علق سفيه محجور العتق بزوال الحجر، فإنه لا ينفذ، ولو علقه قبل الرهن، ثم وجدت الصفة حالة الرهن، فهل يعتق نظرًا إلى حالة التعليق، أو يكون كعتق المرهون نظرًا إلى حالة وجود الصفة فيه وجهان.

فرع: وقف المرهون باطل، وقيل على الأقوال.

وقال الْمُتَوَلِّي: إن قلنا لا يفتقر إلى القبول فكالعتق، وإلا فباطل.

قال: (وَلَا رَهْنُهُ لِغَيْرِهِ) لمزاحمته حق الأول، وسبق الكلام في رهنه.

قال: (وَلَا التَّزْوِيجُ) أي: عبدًا كان الرهن، أو أمة لتنقيصه القيمة، فلو خالف وزوج لم يصح، قاله: القاضي أبو الطيب، ويشبه استثناء تزويجها من المرتهن، ولا سيما بصفة الاستحباب، وللزوج رجعتها.

قال الشارح: **(وَلَا الْإِجَارَةُ إنْ كَانَ الدَّيْنُ حَالًّا أَو يَحِلُّ قَبْلَهَا)**؛ لتنقيصها القيمة والرغبات.

وقيل: إن جوزنا بيع المأجور صحت، وإلا فلا، كذا أطلقاه وقيده الْمَاوَرْدِي بما إذا لم تنقص الإجارة القيمة، ولا بد منه.

وقال أبو علي الطبري: وصححنا البيع، ففي صحة الإجازة قولان، ووقع

وَلَا الْوَطْءُ، ....

في «الشرحين» و«الروضة»، وقال في «التتمة»: تبطل الإجارة في قدر الأجل، وفي الزائد قولًا تفريق الصفقة، ولم يفصل الجمهور، بل أطلقوا القول بالبطلان، انتهى.

وصواب النقل عن «التتمة» أن يقال: بطل في الزوائد، وفي قدر الأجل قولًا: بتفريق الصفقة، وكذا فصل الْمَاوَرْدِي، وهو الوجه، ويتعين حمل كلام المطلقين عليه، وإنما قطعوا بالبطلان في الزائد؛ إذ المحذور فيه، وأما قبل انقضاء الأجل، فلا شك في تخريجه على الخلاف.

تنبيهات: تجوز الإجارة من المرتهن، ووارثه من غير تفصيل، ولو كانت المدة تنقضي مع الحلول أو قبله، فمفهوم كلام المصنف: أنها تصح مطلقًا بلا إذن، وهو ظاهر إذا لم تؤثر نقصًا في القيمة كالبناء والغراس، هكذا ذكره شارح، وفيه نظر ثاني الإشارة إليه، أو كانت مدة التفريع لا تمتد إلى ما بعد الحلول بكثير، وقد يفهم الأول من قوله: من بعد، وله كل انتفاع لا ينقصه، أما لو كان الأمر بخلاف ذلك فلا.

قال صاحب «التقريب»: لا يخرج الراهن من يد المرتهن بحال، وقضيته منع الإجارة في كلما تحوج الاستيفاء إلى خروجه من يده دون ما يمكن عمله وهو في يده، وما قاله متعين فيما إذا خاف عليه النوى، وشرط جماعة المستعير والمستأجر للرهن: أن يكون ثقة، وهو صحيح إلا أن يرضى المرتهن بيد غير الثقة.

قال: (**وَلَا الْوَطْءُ**) أما البكر فقطعًا لتحقق النقص بإزالته البكارة أما بنت قد تحبل فكذلك خوفًا منه وأما من لا تحبل لكبر أو صغر ففيها وجهان.

وقيل: قولان رجح كثيرون الجواز لعدم النقص ونسب الرَّافِعِي المنع إلى الأكثرين حسمًا للباب، ورأيت ابن القطان قال: إن كانت عجوزًا قد أمن حبلها جاز وجهًا واحدًا، وإن لم يؤمن فقولان ولا شك أن بعض العجز بقطع عادة بعدم حبلها فالمنع منها ضعيف، ولهذا المعنى قيد ابن أبي عصرون محل

فَإِنْ وَطِئَ فَالْوَلَدُ حُرٌّ، وَفِي نُفُوذِ الِاسْتِيلَادِ أَقْوَالُ الْإِعْتَاقِ، ....

الخلاف في الصغيرة بمن لها سبع سنين وأكثر، فإن كانت دونها فلا منع وما ذكرناه أولى بالجواز ولا وجه لإنكار شارح ذلك على ابن أبي عصرون.

وقوله: إنه من عنده لا نقلًا عن الأصحاب إذ في تعليق الشيخ أبي حامد ما لفظه الاستمتاع بالمرهونة مباح لأنه له أن يقبلها أو يلمسها بشهوة حتى قال أصحابنا: إن كانت صغيرة لا يحمل مثلها فله أن يطأها ويشبه أن يؤول كلام من أطلق المنع أو الخلاف في الصغيرة على من قد تحبل فلا يكون مخالفًا لنقل أبي حامد ويجمع بين الكلامين يحمل كل منهما على حاله، وأجرا الخلاف في الحامل من الزنا فحق المرتهن بعيد لما فيه من الإعراض عن المعنى بالكلية، والظاهر أنه لو استعار زوجته الأمة ورهنها وكانت حاملًا منه أن له أن يطأها ما دامت حاملًا وإن اشتراها بعد أن رهنها لفقد المحذور.

إشارة: إذا حرَّمنا عليه الوطء فخاف الوقوع في الزنا لو لم يطأها وغلب على ظنه ذلك فهل يقول مباح له الوطء والحالة هذه، ولا يأثم به الظاهر نعم؛ لأنه كالمضطر. قال: **(فَإِنْ وَطِئَ)** أي: الراهن في الملك لها.

(فَالْوَلَدُ حُرٌّ) لعلوقها به في ملكه ولا قيمة عليه ولا حد ولا مهر، نعم عليه أرش بكارة البكر.

قال: **(وَفِي نُفُوذِ الِاسْتِيلَادِ أَقْوَالُ الْإِعْتَاقِ)** لما سبق والتسوية بين الصورتين طريقة الشيخ أبي حامد وجرى عليها الرَّافِعِي في «المحرر» و«الشرح الصغير».

وقال في «الروضة»: تبعًا لأصلها الأكثرون رتبوه على العتق وجعلوه أولى بالنفوذ؛ لأنه يفعل وهو أقوى بدليل نفوذ إحبال المجنون دون عتقه.

وقيل: عكسه لتنجيز الحرية بالعتق دونه.

وقيل: هما سواء فحصل ثلاثة طرق وطريقة التسوية نسبها في «البيان» إلى عامة الأصحاب لتعارض المعنيين.

قال الرَّافِعِي: أظهر الطرق الثلاثة طرد الخلاف، والثاني: القطع بنفوذ الاستيلاد.

فَإِنْ لَمْ نُنَفِّذْهُ فَانْفَكَّ نَفَذَ فِي الْأَصَحِّ، فَلَوْ مَاتَتْ بِالْوِلَادَةِ غَرِمَ قِيمَتَهَا رَهْنًا فِي الْأَصَحِّ،

والثالث: القطع بعدمه.

قال: (**فَإِنْ لَمْ نُنَفِّذْهُ فَانْفَكَّ**) أي: الراهن أي: بأداء أو إبراء أو إرث الدين ونحوها (**نَفَذَ فِي الْأَصَحِّ**)، تقدم على هذا أنها لو بيعت في الدين ثم ملكها ففي نفوذ الاستيلاد طريقان: أصحهما منه قولان أظهرهما النفوذ.

والثانية: القطع به؛ لوقوعه في الملك بخلاف استيلاد أمة الغير بالشبهة، وأما إذا انفك الرهن فإنه ينفذ الاستيلاد قطعًا.

وقيل: على الخلاف فيما إذا بيعت، ثم ملكها والمذهب الأول، والفرق أن الملك هنا هو الملك الذي يصرف فيها بخلاف الطارئ بعد زواله بالبيع.

قال: (**فَلَوْ مَاتَتْ بِالْوِلَادَةِ**) أي: والتفريع على منع إضافة الهلاك الوطء بعيد ويجور كونه من علل وعوارض وموت، والمذهب المشهور الأول.

قال: (**غَرِمَ قِيمَتَهَا رَهْنًا فِي الْأَصَحِّ**) أي: من غير إنشاء وكما سبق وعلى الواجب قيمة يوم الإحبال أو يوم الموت أو أقصى القيم من الإحبال إلى الموت أوجه أصحها أولها .

فرع: متى منعنا الوطء لم يجز له الاستمتاع بما دون الفرج ولا يخلو أنه جوف الوطء، قاله الرُّويَانِي وغيره، فيه نظر، أما الاستمتاع بغير الوطء فقد سبق جزم الشيخ أبي حامد بجوازه إلا أن يريد الرُّويَانِي بالنسبة إلى ما بين السرة والركبة، وأما تحريم الخلوة فبعيد، إذ له الخلوة بالمزوجة والمسافرة بها وصرح مصرحون في باب الاستبراء بأن له الاستمتاع بالمرهونة بالقبلة أو اللمس بالشهوة والنظر. قالوا: وإنما حرمنا الوطء خوف فوات العين، وهنا تفقه حسن ذكرته في «الغنية».

فرع: لو وطئ بإذن المرتهن ثم أراد المعاودة.

قال في «الذخائر»: منع لأن الإذن يضمن أول دفعة.

قلت: إن صح هذا فقس به ما في معناه مما يتعاقب لكن ينازعه قول بعضهم ولو كان مما يتكرر مع بقاء الملك كالوطء إن أذن فيه ووطئ ولم تحبل

وَلَهُ كُلُّ انْتِفَاعٍ لَا يَنْقُصُهُ كَالرُّكُوبِ وَالسُّكْنَى، ....

فله الرجوع كممتنع عن الوطء بعده وقضيته أن له أن يكرر ما لم يرجع المرتهن عن الإذن. قال: **(وَلَهُ)** أي: للراهن ملكه.

(كُلُّ انْتِفَاعٍ لَا يَنْقُصُهُ كَالرُّكُوبِ) أي: ونحوه في البلد وليس له السفر مما ينتفع به حضرٍ إلا بإذن وإن قربت المسافة إلا الماشية السائمة عند الحدث والحاجة إلى النجعة، فإن رضي المرتهن أن ينجع بها مالكها وإلا أجبر أن يضعها على يد عدل ينجع بها إذا طلب مالكها نص عليه.

قال: وليس لصاحبها إخراجها من البلد إلا من ضرورة، انتهى.

والظاهر أنه لو خلا أهل البلد لخوف من عدو أو قحط كان له السفر بالرهن بنفسه، أو بعدل كالنجعة، وأنه لو حصل عقد الكفن في السفر كالحجيج والغزاة وغيرهم أن لهم العود به إلى وطنهم عملًا بالعرف، ولا شك فيه إذا كان بموضع لا يصلح للإقامة كالمفازة واللجة ودار الحرب. وقول الرَّافِعِي وغيره: أنه ليس له أن يسافر بالرهن بحال، وإن قصر سفره المراد به إذا لم يدع إليه حاجة أو ضرورة، كما نص عليه الشَّافِعِي فيمن بالبل، والله أعلم.

قال: (وَالسُّكْنَى) قال الرَّافِعِي: واستكساب العبد ولبس الثوب إلا إذا كان مما ينقص باللبس، وأطلق صاحب «المهذب» وغيره منع لبس الثياب؛ لأنه ينقصها ولا شك في جواز اللبس الخفيف للصوف ونحوه إذا خيف عليه الزود.

كما قالوه في الوديعة، ودليل الجواز في كل انتفاع لا ينقص الجدب: **«الرهن مركوبٌ ومحلوب»**[1] قال الحاكم: على شرطهما.

وقال ﷺ: **«الظهر يركب إذا كان مرهونًا، وعلى الذي يركب النفقة»**[2] رواه البخاري.

---

(١) أخرجه البخاري (٣/ ٨٨٨)، تعليقًا، وابن ماجه (٢/ ٨١٦) وابن أبي شيبة (٧/ ٢٨٨، رقم ٣٦١٥٥)، والحاكم (٢/ ٦٧، رقم ٢٣٤٧) وقال: صحيح على شرط الشيخين. والبيهقي (٦/ ٣٨، رقم ١٠٩٩٠). وعبد الرزاق (٨/ ٢٤٤، رقم ١٥٠٦٦)، وإسحاق بن راهويه (١/ ٣٠٤، رقم ٢٨٢)، والدارقطني (٣/ ٣٤).

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة (٥/ ١٦، رقم ٢٣٢٧٧)، والبخاري (٢/ ٨٨٨، رقم ٢٣٧٧)، والترمذي =

لَا الْبِنَاءُ وَالْغِرَاسُ، ....

فرع: لو أراد يجدب في الأرض عينًا أو تبرًا فإن لم ينقص ثمنها لم يمنع، وإن نقص منع، فإن عمل لم يدفن عليه حتى يحل الحق، ثم يكون القول: فيه كالقول في الزرع والغرس نص عليه في «الأم».

قال: وهكذا كل ما أراد أن يحدثه ولا يكون ما أحدثه داخلًا في الرهن إلا أن يدخله وإذا دخله ولم ينقص لم يمنع وإلا منع، انتهى.

قال: (**لَا الْبِنَاءُ وَالْغِرَاسُ**) لأنه ينقص قيمة الأرض.

إشارات: يشبه أن يستثنى البناء الخفيف على وجه الأرض باللبن ونحوه كَمِظَلَّةِ النَّاطُور[1] وِنحوه؛ لأنها تزال في ساعة ولا تنقص بها القيمة، والظاهر أن الغراس المسند كما سبق في معنى الزرع إذا كان يقلع وينقل قبل المحل، ولا تنقص به قيمة الأرض وموضع المنع كما قاله الدَّارِمِي، ونص عليه في «الأم» كما سيأتي إذا لم يثقل قلعه عند المحل، فإن قلعه لم يمنع وهو ظاهر إذا كان قلعه لا يحدث نقصًا في الأرض، ولا تطول مدته فهو إذًا كنقل المتاع الخفيف وخذ مما ذكرناه إنما سبق مما يفهم جواز إجارة الراهن الأرض للبناء أو الغراس ليس حجة لأن كل ما منع من فعله بنفسه امتنع على المستعير والمستأجر، ولا شك في منعه من البناء على علو الدَّار ونحوها لنقص القيمة به لا محالة.

قال الرَّافِعِي: في أصل المسألة.

وفي «النهاية» وجه أنه يجوز أن يغرس إذا كان الدين مؤجلًا.

قلت: إنما حكاه الإمام عن تخريج الربيع في زرع ما يبقى بعد المحل، كما لا يقلع ما تسبب من جميل السبل، وعبارة «الوسيط»، وذكر الربيع في الدين المؤجل أنه لا يمنع من الغراس، انتهى.

= (٣/ ٥٥٥، رقم ١٢٥٤) وقال: حسن صحيح. وابن ماجه (٢/ ٨١٦، رقم ٢٤٤٠). وإسحاق ابن راهويه (١/ ٢٠٤، رقم ١٦٠)، وأحمد (٢/ ٤٧٢، رقم ١٠١١٤)، وابن الجارود (ص ١٦٧، رقم ٦٦٥)، وابن حبان (١٣/ ٢٦١، رقم ٥٩٣٥)، والدارقطني (٣/ ٣٤)، والطحاوي (٤/ ٩٨)، والبيهقي (٦/ ٣٨، رقم ١٠٩٨٧).

(١) هُوَ حَافِظُ النَّخْلِ وَالشَّجَرِ والْكَرْمِ.

فَإِنْ فَعَلَ لَمْ يَقْلَعْ قَبْلَ الْأَجَلِ وَبَعْدَهُ يَقْلَع إِنْ لَمْ تَفِ الْأَرْضُ بِالدَّيْنِ وَزَادَتْ بِهِ].
ثُمَّ أَمْكَنَ الِانْتِفَاعُ بِغَيْرِ اسْتِرْدَادٍ لَمْ يَسْتَرِدَّ وَإِلَّا فَيَسْتَرِدُّ وَيُشْهِدُ إِنْ اتَّهَمَهُ، ....

ويخرجه له من الزرع إلى الغراس بعيد، ولعله رواه منقولًا في الغراس أيضًا. وعبارة «البسيط»: وفيه وجه آخر، وقد ذكره الربيع أنه لا يمنع، انتهى.

والربيع إنما ذكره في الزرع على ما ذكره إمامه.

واعلم أنهم عللوا المنع بأن حق الرهن لا يتعلق بالغراس المتحدد والأرض المغروسة دون الغراس ناقصة، وقضيه ذلك أنه لو كان الغراس المحدد من قضبان الشجر المرهون مع الأرض كالتين والعنب أو الزيتون أنه لا يمنع منه لأنه من جملة الرهن وتزيد به القيمة، وتجيء مسألة في البناء بأجزاء الأرض إذا زاد في قيمتها.

قال: **(فَإِنْ فَعَلَ)** أي: خالف فعرَّش أو بنى.

(لَمْ يَقْلَعْ قَبْلَ الْأَجَلِ) قيل: الأجل إذ يقضي الدين من موضع آخر، أو بقيت قيمة الأرض به فلا تعجل له ضررًا مخففًا لضرر متوهم.

وقيل: يقلع في الحال وهو الجواب في «البسيط» و«الوسيط»؛ لأنه عرف ظالم خلاف ما إذا حمل السيل النوى فإنه لا يقلع في الحال قطعًا.

قال: **(وَبَعْدَهُ)** أي: بعد حلول الأجل ومساس الحاجة إلى البيع.

(يَقْلَع إِنْ لَمْ تَفِ الْأَرْضُ) أي: بلا قلع.

(بِالدَّيْنِ وَزَادَتْ بِهِ) أي: بالقلع ولم يأذن الراهن ببيعه معها كتعلق الحق بأرض فارغة فإن وفى ثمنها بالدين إذا بيعت وحدها أو لم تف به، ولكن قيمتها مشغولة ترهن فارغة فلا قلع.

قال: **(ثُمَّ أَمْكَنَ الِانْتِفَاعُ بِغَيْرِ اسْتِرْدَادٍ لَمْ يَسْتَرِدَّ وَإِلَّا فَيَسْتَرِدُّ وَيُشْهِدُ إِنْ اتَّهَمَهُ)** قالا: هنا بعد ما ذكره في الكتاب، نعم! لو صار الراهن محجورًا عليه بالإفلاس ففي القلع وجهان، وقالا: في رهن الأمة دون ولدها أنه إذا نقضت قيمتها بالشجر إن للمرتهن قلعها كبيع الأرض بيضاء إلا أن يأذن الراهن في بيعها مع الأرض فيباعان ويوزع الثمن عليهما، هذا إذا لم يكن الراهن

....

محجورًا عليه بالإفلاس فإن كان فلا قلع بحال لتعلق حق الغرماء به؛ بل يباعان ويوزع الثمن عليهما فما قابل الأرض اختص به المرتهن، وما قابل الأشجار قسم بين الغرماء، فإن نقصت قيمة الأرض بسبب الأشجار حسب النقص على الشجر؛ لأن حقه في أرض فاعله، انتهى.

ولا خفاء أنه إذا فضل له شيء كان كأسوة الغرماء في ثمن الشجر.

فرع: قال الرَّافِعِي: وزرع ما ينقص قيمة الأرض لاستيفاء قوتها ممنوع وما لا ينقص، وإن كان بحيث يحصد قبل حلول الأجل أو كان الدين فلا منع منه، ثم إن تأخر الإدراك العارض ترك إلى الإدراك، وإن كان بحيث يحصد بعد الحلول وكان الدين حالًا منع منه لنقصان الرغبة في الأرض المزروعة وعن الربيع حكاية قول: أنه لا يمنع منه لكن يجبر على القلع عند الحلول وإن لم يف بيعها مزروعة دون الزرع بالدين ولهذا إلتفات أي: أن الأرض المزروعة هل يجوز بيعها أم لا؟

قلت: صرح الْمَاوَرْدِي وغيره ببناء القولين على بيع الأرض المزروعة إن منعنا بيعها منعناه الزرع، وهما منصوصان في «الأم».

واعلم أن كلام الرَّافِعِي يقتضي ترجيح المنع وكذلك عبر في «الروضة» بالمشهور وهو الأقوى لنقصان الرغبات في الأرض المزروعة.

وقال في «النهاية»: المذهب أنه لا يجوز الزرع وجعل الجواز من تخريج الربيع كما قدمناه وليس كذلك ولفظ «الأم» وإذا كان أرضًا لم يمنع الراهن من أن يزرعها الزرع الذي يحل قبل محل الحق أو معه وفيما ينبت من الزرع بعد محل الحق قولان أحدهما أن الراهن يمنع في قول من لا يجيز بيع الأرض مزروعة دون الزرع من زرعها ما ينبت فيها بعد محل الحق.

والقول الثاني: لا منع من زرعها بحال ويمنع من غراسها وبنائها إلا أن يقول: أنا أقلع ما أحدثت إذا جاء الأجل، فلا يمنعه، ووجه المنع عند عدم الوعد، فإنه لا يمكن قلع غراسه وبنائه من أرضه بغير رضاه وفي إبقائه ينتقص

وَلَهُ بِإِذْنِ الْمُرْتَهِنِ مَا مَنَعْنَاهُ، وَلَهُ الرُّجُوعُ قَبْلَ تَصَرُّفِ الرَّاهِنِ، فَإِنْ تَصَرَّفَ جَاهِلًا بِرُجُوعِهِ

القيمة الرهن فمنع منه الوطء في حق من يحل ونحوه، انتهى.

وهو مصرح بالبناء على البيع وقضيته أن يكون قول الجواز أصح؛ لأن المذهب جواز بيع الأرض المزروعة وفي النص فوائد، واستكمال، وهو قول؛ لأنه لا يمكن قلع غراسه وبنائه من أرضه بغير رضاه ويمكن تأويله.

قال قائل: وقد اقتضى النص أنه متى وعد بالقلع لا يمنع منه وهذا عجيب؛ لأنه قد لا يفي بوعده ولم أر الأصحاب تعرضوا لذلك إلا الرُّويَانِي فقال في «البحر»: ولو قال: أقلعه وأنقصه إذا حل الحق لا يمنع منه إلا أن ينقص قيمته بذلك فيمنع وليت شعري ما فائدة ذلك ونحن إذا منعناه وخالف بقلعه إذا حل الحق وفاء أو أتى فوعده بالقلع وليس إلا ذكر حكم برهنه، نبَّه بالتجويز بهذا الوعد في معنى التجويز بدونه وفيه تأييد لما حكاه الغزالي عن الربيع، انتهى.

وسبق عن الدَّارِمِي الجزم بما نص عليه الشَّافِعِي ولعل من الناس من يرى أنه لا يرهق إلى قلعه إلا إذا التزمه بالشرط فلو لم يشرطه على نفسه ربما وقع أمره إلى حاكم يرى ذلك فيحكم له ببقائه أو يكون قد أفلس وتعلقت الديون به كما سبق، فإذا شرطه أو من ذلك وليس هذا وعد مجرد بل شرط ينفع في الوثيقة فيلزمه الوفاء به فتأمله.

قال: **(وَلَهُ بِإِذْنِ الْمُرْتَهِنِ)** أي: لنفسه.

(مَا مَنَعْنَاهُ) منه أي: من التصرف والانتفاع بشرط بقاء أهلية الإذن.

(وَلَهُ الرُّجُوعُ قَبْلَ تَصَرُّفِ الرَّاهِنِ)؛ لأن حقه باقٍ كالمؤجل يرجع قبل تصرف وكيله، وفي حكم رجوعه خروجه عن الأهلية بجنون أو حجر ولو أذن له في الهبة ثم رجع، قيل: إقباضها صح رجوعه وامتنع الإقباض.

وقال الرُّويَانِي: الأصح أنه لا يصح الرجوع؛ لأن الهبة تنافي مقتضى الرهن، وإن لم يقبض، فإن أذن له في البيع فباعه بشرط الخيار ثم رجع المرتهن لم يصح رجوعه على الأصح.

قال: **(فَإِنْ تَصَرَّفَ جَاهِلًا بِرُجُوعِهِ)** أي: فيما يتوقف التصرف فيه على إذنه.

فَكَتَصَرُّفِ وَكِيلٍ جَهِلَ عَزْلَه، وَلَوْ أَذِنَ فِي بَيْعِهِ لِيُعَجِّلَ الْمُؤَجَّلَ مِنْ ثَمَنِهِ لَمْ يَصِحَّ الْبَيْعُ. وَكَذَا لَوْ شَرَطَ رَهْنَ الثَّمَنِ فِي الْأَظْهَرِ.

(فَكَتَصَرُّفِ وَكِيلٍ جَهِلَ عَزْلَه) أي: فيكون تصرفه باطلًا على الأظهر كما سيأتي إن شاء الله تعالى، وفي «الإفصاح» أنه إن رجع في الإذن قبل وقوع البيع، فإن كان يمكن في مثله الوقوف على رجوعه فعلى وجهين، وإلا فعلى قول واحد أن بيعه صحيح ولا معنى لرجوعه.

قال الرُّويَانِي: وهذا التفصيل لم يقله غيره، والله أعلم.

قال: **(وَلَوْ أَذِنَ فِي بَيْعِهِ لِيُعَجِّلَ الْمُؤَجَّلَ مِنْ ثَمَنِهِ لَمْ يَصِحَّ الْبَيْعُ)** أي: قطعًا.

وقيل: على المنصوص وعلى المخرج يصح الإذن والبيع دون الشرط ويجعل الثمن رهنًا والمذهب المنع؛ لأنه شرط في الإذن شرطًا فاسدًا، وهو تعجيل منه فأبطله.

تنبيه: قوله: ليعجل شرط ذلك لفظًا فلو قصده في نفسه لم يلتفت إليه، ولو نطق به على غير صورة الشرط.

قال شارح: فإن أتى بما اقتضته عبارة المصنف فقال: أذنت لك في بيعه لتعجل فالذي ظهر أن هذا ليس بشرط ولا يلتفت إليه أيضًا ويصح البيع والإذن إذ ليس فيه إلا التصريح يعضده تعجل الثمن، وإنه الحامل على الإذن وذلك لا يقتضي الاشتراط هذا إن جعلت اللام تعليلًا للإذن وإن جعلتها تعليلًا للبيع المأذون فيه، فلا يقضى أيضًا الاشتراط للتعجيل، فالوجه حمل كلام المصنف على أنه صرح بالشرط، وكذلك فرضه الأصحاب. قال: ولا شك أنه لو قال: أذنت لك في بيعه لتعجل ونوى الاشتراط كان كالتصريح، وإنما النظر إذا أطلق هل يقول ظاهره الشرط أو لا؟ والأقرب المنع، وهذا كله إنما أوجبه عبارة «المنهاج» وعبارة «المحرر» ولو أذن في البيع بشرط أن يعجل ولا رتبة فيها، انتهى.

وفي كون نية الاشتراط كالتصريح به يوقف إذ لم يصدقه الراهن عليها إذ الأصل عدمها.

قال: **(وَكَذَا لَوْ شَرَطَ رَهْنَ الثَّمَنِ فِي الْأَظْهَرِ)** لأن الثمن مجهول عند

....

الإذن، كذا علله كثيرون ومعهم الرَّافِعِي، قاله الشَّافِعِي في «الأم» وكما لو أذن له بشرط أن يرهن عنده عينًا أخرى وهذا العلم أحسن، فإن الأولى تفهم أنه إذا عيّن الثمن يصح لزوال الجهالة والظاهر أنه لا فرق بين كونه معلومًا أو مجهولًا عدا ما يقتضيه إطلاق الجمهور.

والثاني: يصح الإذن والبيع ويكون ثمنه رهنًا كما شرط واستدل له الرَّافِعِي بأن الرهن قد ينتقل من العين إلى اليد ليرعى كما لو أتلف المرهون، فجاز أن ينتقل إليه شرطًا، وعلله الشيخ أبو حامد وخلائق بأنه لو أذن له في بيعه بعد المحل بشرط أن يكون ثمنه رهنًا جاز.

وقال الرَّافِعِي: سواء كان الدَّين حالًّا أو مؤجلًا يعني في جريان القولين وهو منازع للقاضي الحسين والبغوي.

تتمات وفوائد: منها: القولان في شرط رهن الثمن منصوصان.

قال الشارح: وسواء شرط كون الثمن رهنًا أم شرط جعله رهنًا على ما فهمه من كلام الأصحاب.

قال: وكذلك إذا كان الدين حالًّا وشرط جعل الثمن رهنًا على ما قاله القاضي الحسين والبغوي والرافعي، ولم يتعرض عن [...][1] كذلك، وفيه نظر! أما إذا كان حالًّا وشرط جعل الثمن رهنًا فهو صحيح قطعًا؛ لأنه زاد تأكيدًا إلا أن ذلك حكمه إذا أطلق، انتهى.

وقال: في مصنف آخر أن الذي قاله القاضي ومن تبعه مما إذا شرط أن يجعل الثمن رهنًا وما قاله الشيخ أبو حامد وغيره فيما إذا شرط كونه رهنًا فهو تأكيد؛ لأنه قد تعين الثمن الوفاء فيكون رهنًا إلى الوفاء، وكلام القاضي لا يخالف هذا وإن شرط جعله رهنًا ففيه القولان وكلام العراقيين لا يخالفه؛ لأن إنشاء الرهن لا يجب فيصير كما لو شرط في المؤجل، وصرح بأنه لا فرق في المؤجل بين الصيغتين، وإنما ذكره في الدين الحالّ خاصة.

---

(١) كلمة غير واضحة بالأصل.

....

قلت: والأشبه أن القاضي لم يلمح ما ذكره وأنه لا يرق عند العراقيين عن الصيغتين نظرًا إلى المعنى وعبارة الإمام في المؤجل وشرط موضع ثمنه رهنًا وفي الحال وشرط أن يوضع ثمنه رهنًا ونحوها عبارة التتمة، والحاصل أن القاضي الحسين خرَّج القولين في المؤجل في الحال؛ لأنه أعلق على بأن التصرف في العين، وقصد النقل إلى بدلها كما في المؤجل، وتابعه على نحو هذا الإمام والبغوي والخوارزمي والرافعي، والمصنف في «الروضة».

وصرح الشيخ أبو حامد وصاحبا المهذب والبيان وغيرهم بخلافه.

قال الْمَاوَرْدِي والروياني: يصح البيع ويكون ثمنه رهنًا يقتضي البيع لا بالشرط، وكان الشرط تأكيدًا أو وافقهم الْمُتَوَلِّي من حيث المعنى، فحصل طريقان يخرج القاضي، وجزم العراقيين بالصحة.

ومنها: يشبه أن يكون الخلاف لم يدع ضرورة إلى بيع الرهن يتكون ثمنه رهنًا مكان أما لو جعت بأن طرأ ما عرضه للفساد كالحنطة، ونحوها تبتل أو يقع فيها الدود، أو بمرض الحيوان ويخشى أولًا يجد ما يفوت به الماشية أو تخشى على الرهن من النهب والعارية أو يجلوا أهل البلد لجدب بوعد، ولا يمكن نقله ونحو ذلك فيأذن له في البيع على أن يكون ثمنه رهنًا فإنه يصح على القولين لا محالة فيما أراه.

ومنها: إذا صححنا البيع بشرط رهن الثمن كما نص عليه في الإملاء انصرف وصححه ابن أبي عصرون، فالمشهور المحل عن نص الإملاء أنه يجعل الثمن رهنًا، كما شرط. وقال: في «العدة» يحصل قيمته رهنًا، وقال المزني: ثمنه كذا الشيخ في «التنقيح» و«مسودة شرح المهذب» كما رأيته بخطه ومحي هذا التردد فيما إذا صححنا البيع على القولين، كما أبديته.

ومنها: يجري القولان فيما لو أذن في الإعتاق أو الآجال بشرط أن يجعل القيمة رهنًا ولا فرق هنا بين كون الدين حالًا أو مؤجلًا؛ لأنه لا ثمن يتعين لوفاء الدين، فلم يبق إلا نقل الوثيقة من العين إلى قيمتها ولا حقًا أن الرهن يبقى بحاله في صورة الكتاب، والتي قبلها في صورتي الإعتاق والإحبال يكون

فَصْلٌ: إِذَا لَزِمَ الرَّهْنُ فَالْيَدُ فِيهِ لِلْمُرْتَهِنِ وَلَا تُزَالُ إِلَّا لِلِانْتِفَاعِ كَمَا سَبَقَ، وَلَوْ شَرَطَا وَضْعَهُ عِنْدَ عَدْلٍ جَازَ.

كما لو وقعنا بلا إذن، فتحرى الأقوال السابقة.

قال: (**فَصْلٌ: إِذَا لَزِمَ الرَّهْنُ فَالْيَدُ فِيهِ لِلْمُرْتَهِنِ**) أي: بالإقباض وغيره، كما سبق فاليد فيه للمرتهن إذ قوام التوثق بها، وهذا يتفرع على الصحيح أنه لا يشترط في عقد الرهن بيان من يكون عنده. وقيل: يشترط ألا أن يكون الرهن جارية، وهل الخلاف في الرهن المشروط، وأعم كلام بعضهم يشعر بالأول، وكلام بعضهم يفهم الثاني، وفرق بأن الجارية لا تكون بيد المرتهن، وغيرها قد يكون متنازعان، ولنا وجه: أنه لا يصح رهن الجارية الحسناء من أجنبي منها، وهو شاذ ووصيته أن اليد له في غيرها.

قال: (**وَلَا تُزَالُ إِلَّا لِلِانْتِفَاعِ كَمَا سَبَقَ**) جمعًا بين الحقين.

فرع: لو رهن عبدًا مسلمًا أو مصحفًا أو نحوهما عند كافر أو سلاحًا عند حربي أو أمةً حسناء عند أجنبي، صح على المذهب في الجميع، ويستنيب الكافر مسلمًا في القبض ويجعل رهونه على يد عدل، والأمة إن لم يكن عنده امرأة ثقة عدلت عند محرم أو امرأة ثقة. ونص الشَّافِعِي على كراهة رهن المصحف والمسلم من كافر فقيل: كراهة تحريم، وقيل: تنزيه، ورجح ولو شرط الراهن دوام يده عليه بطل.

قال: (**وَلَوْ شَرَطَا وَضْعَهُ عِنْدَ عَدْلٍ جَازَ**) إذ لا يثق كل واحد منهما بالآخر ويثقا بثالث، وعبارة «المحرر والشرحين والروضة»: ويجوز أن يشترطا وضعه عند ثالث وهي الحسن؛ لأنها لو شرطا وضعه عند زيد، وكان فاسقًا أو ذمّيًا جاز، وإذا كان أهلًا للبلد عليه ولو شرطا وضعه عند عبد بلا إذن سيده لم يجز، أو عند مكاتب، فإن كان بأجرة جاز، وإلا فلا، وهذا فيمن ينصرف بنفسه، فأما الولي والوصي والقيم والوكيل والمكاتب، ونحوهم حيث يجوز لهم ذلك فلا بدَّ من عدالة الموضوع على يده.

فرع: قال الغزالي: لا يجوز شرط التعديل على يد المالك؛ لأن يده لا

أَوْ عِنْدَ اثْنَيْنِ وَنَصَّا عَلَى اجْتِمَاعِهِمَا عَلَى حِفْظِهِ أَو الِانْفِرَادِ بِهِ فَذَاكَ وَإِنْ أَطْلَقَا فَلَيْسَ لِأَحَدِهِمَا الِانْفِرَادُ فِي الْأَصَحِّ. وَلَوْ مَاتَ الْعَدْلُ أَو فَسَقَ جَعَلَاهُ حَيْثُ يَتَّفِقَانِ.

يصلح النيابة عن غيره؛ إذ هو مستقل بالملك، وكمل ابن الرِّفْعَة وغيره ذلك على ابتداء القبض أما لو شرطا أن يكون بعد اللزوم بالإقباض موضوعًا عنده فيظهر أن يصح؛ لأن عندنا يجوز أن نعيده إليه ينتفع به لكن بسعر بالمنع.

قال: **(أَوْ عِنْدَ اثْنَيْنِ وَنَصَّا عَلَى اجْتِمَاعِهِمَا عَلَى حِفْظِهِ أَو الِانْفِرَادِ بِهِ فَذَاكَ وَإِنْ أَطْلَقَا فَلَيْسَ لِأَحَدِهِمَا الِانْفِرَادُ فِي الْأَصَحِّ)** كالوصيين والوكيلين لا يستقل أحدهما عند الإطلاق، فعلى هذا يجعلانه في حرز تحت يدهما، فإن سلم أحدهما جميعه للآخر، ضمن نصفه والثاني لحل منهما الانفراد لمشقة الاجتماع على حفظه، والعرف قاض بذلك.

قال: **(وَلَوْ مَاتَ الْعَدْلُ أَو فَسَقَ جَعَلَاهُ حَيْثُ يَتَّفِقَانِ)** المراد: أنه إذا تغير حال من وضعاه على يده فما كل منهما طلب نقله إلى غيره، وذلك بأن يفسق العدل أو يعادي أحدهما أو يحن أو يضعف عن حفظه أو رضيا بفسقه ابتدأ ثم زاد فسقه أو كان فاسقًا بنوع فسق يغيره، ولو مات المرتهن ورثته عدول فللراهن إزالة يدهم على الأصح.

فروع: لو اختلفا في زوال أهلية عدلهما.

قال الدَّارِمِي: صدق والباقي بلا يمين.

قلت: وينبغي أن يحلف على نفي علمه بذلك ليس لأحدهما أن ينفرد بنقله إلى غيره بلا سبب فإن اتفقا على نقله جاز، وفي «الاستقصاء»: له رفع الأمر إلى الحاكم، فإن رآه أهلًا أقره بيده وإلا نقله إلى غيره، وظاهر كلامه أن الحاكم ينقله إذا طلب أحدهما، ويبين لعدم أهليته طارئًا أم مقارنًا سواء كان الطالب قد علم بها ورضيها أم لا وهو محتمل؛ لأنه لا يلزم دوام الرضا بالفاسق ونحوه بخلاف العدل، وما قاله من أن له رفع الأمر إلى الحاكم، ذكره الشيخ أبو حامد وغيره ونقلوه عن ابن سُرَيْجٍ ولم يقتض كلامهم خلافًا فيهم.

وقال القاضي الحسين والإمام: إنهما لو وضعاه عند فاسق، ثم أراد

وَإِنْ تَشَاحَّا وَضَعَهُ الْحَاكِمُ عِنْدَ عَدْلٍ، ....

أحدهما أن ينتزعه من يده لم يجز؛ لأنه رضي بيده مع الفسق.

قال قائل: إما أن يكون المراد ليس له انتزاعه بنفسه لم يرفع الأمر إلى الحاكم ويجمع الكلامان لكن حمل كلام القاضي على هذا بعيد؛ لأنه عند حدوث الفسق ليس له نزعة إلا باتفاقهما أو القاضي وهو فرق بين الصورتين، وإما أن يحمل كلام ابن سُرَيْجٍ على ما إذا لم يعلم بنفسه ويجتمع الكلامان وهو الأقرب وإما أن يبقى كل منَ الكلامين على إطلاقه ويثبت خلاف فيما إذا وضعاه عند فاسق علما به فعلى إطلاق القاضي ليس له طلب النزع، وعلى إطلاق ابن سُرَيْجٍ له ذلك بالحاكم.

وقضية كلام الأصحاب: أن الموضوع على يده مادام بالصفة التي علماها حال التعديل لا يخاف أحدهما إلى نقله، انتهى.

ولعل كلام الأصحاب مفروض في العدل أو المستور، وأما الفاسق وغيره إذا خاف أحدهما عليه منه أو من غيره فلا يظهر إلزامه بالرضا بدوام يده عليه، وإن كان قد رضي ابتداء فليس بعقد لازم، وأما اتفاقهما على نقله من يد العدل فواضح إذا كانا هما قد عدَّلاه، أما لو كان من جهة الحاكم كما سيأتي فيحتمل أن يقال: إنه يأتيه فلا نسلمه إليهما إلا بإذنه.

قال: **(وَإِنْ تَشَاحَّا وَضَعَهُ الْحَاكِمُ عِنْدَ عَدْلٍ)** إذا تشاحا بعد أن طرأ على ثانيهما شيء مما سبق فقال أحدهما: أقره بيده أو أنقله إلى زيد ونازعه الآخر وضعه الحاكم عند عدل قطعًا للنزاع، وكان الأحسن أن يقول: فإن تشاحَّا كالروضة ليشير إلى التفريع.

أما لو تشاحا ابتداء فإن كان قبل الإقباض فلا يجبر الراهن بحال، وإن كان بعده، وقد وضع في يد عدل فلا ينزع بغير الراضي بلا سبب مجوّز، ويحتملُ أن يفرض أيضًا فيما إذا تشاحا ابتداء، فيمن يوضع على يده مع بدل الراهن له بالقياس ألا يتمكن من الفسخ في صوره شرط الرهن، بل يسلمه الحاكم إلى عدل ليستقر العقد، وهذا إجبار للمرتهن في المعنى، ثم رأيت

وَيَسْتَحِقُّ بَيْعَ الْمَرْهُونِ عِنْدَ الْحَاجَةِ، وَيُقَدَّمُ الْمُرْتَهِنُ بِثَمَنِهِ، وَيَبِيعُهُ الرَّاهِنُ، أَوْ وَكِيلُهُ بِإِذْنِ الْمُرْتَهِنِ. فَإِنْ لَمْ يَأْذَنْ قَالَ لَهُ الْحَاكِمُ: تَأْذَنُ أَو تُبْرِئُ.

شارحًا قال: ولو تشاحَّا قبل القبض فالذي يظهر أنه ليس للحاكم تعديله إلا برضاهما سواء [أ]كان مشروطًا في بيع أم لا.

وقال ابن الرِّفْعَة: إن كان مشروطًا سلمه الحاكم إلى عدل، وحمل كلام «التنبيه» على ذلك وتمسك بأن كلام الرَّافِعِي يقتضي ذلك، وليس في كلامه أنه يجبرهما وكيف يجبرا أو الرهن لم يلزم، انتهى.

قال: (**وَيَسْتَحِقُّ بَيْعَ الْمَرْهُونِ عِنْدَ الْحَاجَةِ**) أي: لوفاء الدين إذا لم يوفِ من غيره، وقد يستحق بيعه في جناية، وعند الإشراف على التلف قبل الحلول، وقد يتصور في غير ذلك.

قال: (**وَيُقَدَّمُ الْمُرْتَهِنُ بِثَمَنِهِ**) لأنه ثمرة الراهن، وهذا حيث لا يتعلق برقبة العبد جناية، فإن صاحبها مقدم عليه.

قال: (**وَيَبِيعُهُ الرَّاهِنُ**) أي الملك له؛ لأنه ملكه.

(**أَوْ وَكِيلُهُ**) أي: ونحوه.

(**بِإِذْنِ الْمُرْتَهِنِ**) أي: ومن قام مقامه.

(**فَإِنْ لَمْ يَأْذَنْ**) أي: وأراد الراهن أو نائبه بيعه.

قال: (**قَالَ لَهُ الْحَاكِمُ: تَأْذَنُ أَو تُبْرِئُ**) دفعًا للضرار، هكذا أو رده.

وقال الْمَاوَرْدِي: إذا امتنع المرتهن من الإذن للراهن سأله الحاكم عن سبب امتناعه، فإنه ذكر عذرًا سائغًا فذاك، وإلا أذن الحاكم للراهن في بيعه، فإذا باعه بإذنه منعه من الصرف في ثمنه، وأعلم المرتهن بذلك، فإن سأل حقه أمره الحاكم بإبقائه من الثمن، وإن لم يسأل حقه أعلمه الحاكم أنه يطلق تصرف الراهن فيه، وأذن للراهن في التصرف فيه، وإن سأل الراهن أن يقبض المرتهن حقه أمره الحاكم بقبضه أو إبرائه، وإن امتنع من كل منهما قبضه الحاكم ليبرأ منه الراهن وتركه في بيت المال للمرتهن، انتهى.

فرع: لو كان الراهن غائبًا أثبت المرتهن الحال عند الحاكم لتتبعه لشرطه،

وَلَوْ طَلَبَ الْمُرْتَهِنُ بَيْعَهُ فَأَبَى الرَّاهِنُ أَلْزَمَهُ الْقَاضِي قَضَاءَ الدَّيْنِ أَو بَيْعَهُ، فَإِنْ أَصَرَّ، بَاعَهُ الْحَاكِمُ.

فإن لم يكن بينه أو لم يكن حاكم فله بيعه بنفسه على الأصح من ظفر بغير جنس حقه بل مال غريمه، وهو جاحد ولا بينة له، وقضية النسيئة أنه لو كان من نوع حقه، وبصفته أن له أن يتملك منه قدر حقه، ولو باع الراهن الرهن عند العجز عن استيدان الحاكم والمرتهن، فوجهان في «الحاوي»من الوجهين في بيع المرتهن، وقضيه البناء ترجح الصحة، وفيه نظر إلا أن يكون الفرض فيما إذا دعت ضرورة إلى بيعه لعجز عن مؤنته أو حفظه، أو الحاجة إلى ما زاد عن دين المرتهن من ثمنه.

قال: **(وَلَوْ طَلَبَ الْمُرْتَهِنُ بَيْعَهُ فَأَبَى الرَّاهِنُ أَلْزَمَهُ الْقَاضِي قَضَاءَ الدَّيْنِ أَو بَيْعَهُ، فَإِنْ أَصَرَّ)** أي: على الامتناع من أخذ هذين الأمرين.

(بَاعَهُ الْحَاكِمُ) دفعًا لضرر المرتهن.

وقال الرُّويَانِي: إذا حل الحق طولب بالدين، فإن امتنع طُولب ببيع الرهن، فإن امتنع. قال أبو إسحاق: حبسه الحاكم أو أجبره على البيع، فإن أقام على الامتناع عزاه حتى يبيع، فإن أقام على الامتناع باعه عليه.

وقال الْمَاوَرْدِي: إذا امتنع الراهن من بيعه سأله الحاكم عن سبب امتناعه، فإن ذكر عددًا وإلا وكّل الحاكم من يبيعه عليه.

وقال أبو حنيفة: بحبسه، وهذا غلط؛ لأن كل حق يصح التوكيل فيه لا يجوز الحاكم إن حبس فيه الممتنع ما أمكن التوصل إليه كالديون، فيبيعه الحاكم بنفسه أو بمأموره.

وقال القاضي أبو الطيب: إن شاء باعه وإن شاء حبسه إلى أن يبيع، وهذا الكلام جار هنا في حق الراهن وبعد موته مع الوارث وفي غرماء المفلس وفي الدين بلا رهن، وسيأتي فيه زيادة وبيان الراجح، إن شاء الله تعالى.

تنبيهات: إنما يبيع الحاكم إذا أحدهما أطلقا؛ وغيرهما أن الحاكم يبيع عند امتناع الراهن.

....

وقال جماعة: كما سيأتي إنما يبيع الحاكم إذا ثبت عنده ملكية المرهون للراهن والمفلس.

قال القاضي شُرَيْح الرُّويَانِي: يمنع القاضي على الحاضر والغائب ما له في النفقة والدين، وله بيع المرهون والتركات بعد العرض على الورثة، وإنما يجوز له بيع الرهن إذا ثبت كونه ملكًا للراهن أو في يده يوم أقبضه وكلام غيره يقتضي أنه لا يكفي اليد، بل لا بُدَّ من الثبوت، وفيه نظر.

قال شُرَيْح: وإنما يجوز بيع التركة إذا ثبت أنها كانت ملكًا للراهن إلى إن مات، وفي يده يتصرف فيها تصرف الملاك، انتهى.

وقد تعرضت لتحقيق هذا في التفليس وفي الأقضية من «الغنية»، ويحتمل أن يقال: يكتفي باليد في الأمتعة ونحوها من النقود والمأكولات دون العقارات إذا أقام البينة على ملكية العقار، ولا يتعسر غالبًا بخلاف غيره، ولا سيما آلات الحوانيت، والإجماع الفعلي على الاكتفاء بمجرد اليد في التركات.

الثاني: نقل ابن الرِّفْعَة مطلب عن الأصحاب إن المرتهن ينحصر حقه في غير المرهون حتى لا يمكن من إجبار الراهن على الدفع من غيره.

قال: كما صرح به الإمام في «الشامل» ما يوافقه.

قال تلميذ له: عبارة «الشامل» لا تدل على الانحصار، وعبارة الإمام، أن الراهن لو قال: للقاضي أريد أن أؤدي حقه من ثمن الرهن، فليس للمرتهن أن يلزم الراهن تحصيل الدين من جهة أخرى، ولا فرق بين أن يكون قادرًا على أداء الدين من جهة أخرى أو عاجزًا، واستشكله ابن عبد السلام لما فيه من تأخير حق يجب على الفور بسبب الرهن، ومع ذلك فليس في عبارة الإمام ما يقتضي الانحصار.

وقال: وقد صرح الرَّافِعِي بأن الحاكم يجبره على القضاء والبيع، ولو انحصر حقه فيه لأجبره على بيعه عينًا، ثم استخرج من كلام الإمام ما يقتضي عدم الانحصار، ولا شك فيه وكذلك قال الأصحاب: إذا كان في غرماء

وَلَوْ بَاعَهُ الْمُرْتَهِنُ بِإِذْنِ الرَّاهِنِ فَالْأَصَحُّ أَنَّهُ إِنْ بَاعَ بِحَضْرَتِهِ صَحَّ وَإِلَّا فَلَا .

المفلس مرتهن قدم ثمنه، وصادر ما قد نفى من أرش الجناية.

قال الْجُرْجَانِي: لأن الأرش لم يتعلق بماله بخلاف حق المرتهن، فإنه تعلق بالرهن وبمال المفلس فهذا تصريح بعدم الانحصار، نعم هل ينحصر المطالبة في الرهن أو لا.

والأقرب لا بل ما كانت عليه قبل الرهن وأراد استحقاقه التوفية من الرهن بعينه مضافًا إلى ما يستحقه من غيره على الانحصار، فإن وفاء الدين من غيره فذاك وإلا بيع، فإن عجز وفَّى من الباقي من غيره، نعم لو كان محتاج البيع إلى مدة وبيده نقد يمكن الوفاء منه في الحال، فينبغي أن يجب تعجيلاً لا؛ إذ الواجب والمفهوم من كلام الأصحاب أنه لا يتعين بل يؤمر الراهن إما بالبيع، وإما بالوفاء والوجه حمل هذا الإطلاق على ما إذا لم يكن زمان الوفاء بغير البيع أقرب لو لم يضايق المرتهن في ذلك، فإن قرب أو ضايق المرتهن في ذلك، فإن قرب أو ضايق المرتهن فالوجه أن للحاكم إلزامه بذلك؛ لأن تأجير الحق الواجب على الفور، انتهى.

وما قاله: ظاهر متعين، وقد قال ابن الرِّفْعَة في آخر الباب من «الكفاية»: إنه إذا طالبه المرتهن بالوفاء، فليس للراهن مطالبته بإحضار الرهن حتى يقع قضاء الدين، واسترداد المرهون معًا أي: عليه التوفية أو لا. قضية ذلك أنه يلزمه عند المكنة الإيفاء في الحال، وهو صحيح؛ إذ مطل الغني ظلم.

الثالث: لو كان مع الرهن ضامن، فأيهما يبدأ صاحب الدين بالمطالبة؟ فيه قولان متقابلان نقلهما القاضي أبو حامد في «الجامع» وهما منصوصان في «الأم» واختار الْمَاوَرْدِي من عند نفسه أنه يتحيز وصححه وغيره، وهو الظاهر المختار، ولا فرق بين أن يتقدم الضمان على الرهن أو بالعكس أو يقعا معًا فيما رآه، والله أعلم.

قال: (وَلَوْ بَاعَهُ الْمُرْتَهِنُ بِإِذْنِ الرَّاهِنِ فَالْأَصَحُّ أَنَّهُ إِنْ بَاعَ بِحَضْرَتِهِ صَحَّ وَإِلَّا فَلَا) لتتمة الاستعجال في «الغنية» وترك النظر للراهن، والثاني يصح مطلقًا

....

كما لو أذن له في بيع غيره وهو المختار، والأرجح أن نسب الأول إلى الجمهور، وليس في نصوص الشَّافِعِي ما يرده مما قاله بعض الشارحين، وبه قال مالك وأبو حنيفة، وما تمسك به للمنع من قوله في «المختصر»: ولو شرط المرتهن إذا حل الحق إن ببيعه لم يجز أن يبيع لنفسه إلا بأن يحضره رب الرهن، وفي «الأم» وفي الْبُوَيْطِي نحوه.

أجاب الْجُورِيُّ عنه بجوابين: إن منعناه أنه إذا شرط المرتهن أن يبيعه، ويأخذ الثمن بعينه فيكون باطلًا، ولا يجوز بيعه دون الراهن، وأما إذا شرط البيع فقط مع تجويز عزله إعطاء حقه من غير الثمن، إن شاء الراهن جاز، وملك المرتهن البيع إذا حل الحق وإن لم يحضر المرتهن، والثاني أنه إنما لم يجز أن يبيعه لنفسه، وأما البيع للراهن فلم يمنعه، وعلى هذا فقوله إلا أن يحصره رب الرهن استثناء منقطع أي: فيتولى ربُّ الرهن البيع.

تنبيهات: حكى وجه ثالث: أنه لا يصح بيع المرتهن مطلقًا؛ لأنه توكيل فيما يتعلق بحقه لو قال المراهن: بعه لزيد بمائة، أو بعده بمائة ولا تزد، فالوجه الجزم بالصحة في غيبة الراهن على كلا الوجهين الأولين، ولو قال: بعه بمائة، ولم يقل: ولا ترد، ففيه احتمال على قول الجمهور في الوكيل لاحتمال ظهور راغب ولا يبعد أن يقال: إنما يقوي التهمة والاستعجال إذا كان ثمن المرهون وافيًا بالدين، فلو كان لا يفي به والاستيفاء من غيره متعسرًا، ومتعذر لفَلَس وغيره؛ فالظاهر أنه يحرص على أوقر الإيمان تحصيلًا لدينه ما أمكن فيضعف التهمة أو ينبغي إذن السيد للمجني عليه في بيع الجاني والوارث للغرماء في بيع التركة كإذن الراهن للمرتهن، وإذن الحاكم كغرماء المفلس في بيع ماله في حقوقهم، قاله الشيخ أبو حامد على أنه رأيه في منع المرتهن، وعلى المختار - وهو الصحة في بيع الراهن - فلا نقول بها في الحاكم أو ليس له الرضى مما فيه تهمة، وكذا الوارث لئلّا تبقى ذمة الميت مشغولة، فنقول في هاتين المسلمتين: إن قدَّر الثمن وكان حاصرًا جاز، وإلا فلا، كما قاله: الجمهور في الرهن.

وَلَوْ شُرِطَ أَنْ يَبِيعَهُ الْعَدْلُ جَازَ، وَلَا يُشْتَرَطُ مُرَاجَعَةُ الرَّاهِنِ فِي الْأَصَحِّ.

وكذا السيد الجاني إن قلنا: إذا بقي شيء من الأرش لا يتعلق بذمته فكالراهن وإلا فيمتنع كالحاكم والوارث، قاله شارح تفقهًا، وفيه كلام ذكرته في «الغنية».

قال: **(وَلَوْ شُرِطَ أَنْ يَبِيعَهُ الْعَدْلُ جَازَ)** إذ أنجز توكيل العبد وعلق التصرف على الحلول، وإن علق الوكالة على الحلول لم يصح، وإن عزلاه أو الراهن انعزل، وإن عزله المرتهن وحده فلا في الأصح، لكن لا يبيع ما لم يأذن، والثاني ينعزل، وهو ظاهر النص.

وقال الرُّويَانِي: إنه المذهب وعزاه الْمَاوَرْدِي إلى الجمهور وزيف الأول، وهل مجرد اشتراط بيع العدل كافٍ عن الإذن له أم لا بُدَّ من إذن؟ كلام الْمَاوَرْدِي يقتضي الثاني، وكلام غيره يشعر بالاكتفاء، وسيأتي ثمرة هذا.

قال: **(وَلَا يُشْتَرَطُ مُرَاجَعَةُ الرَّاهِنِ فِي الْأَصَحِّ)** بقاء الإذن، والثاني يشترط إذ قد يكون غرضه في بقائه وقضاء الحق من غيره، وفرض الإمام محل الوجهين فيما إذا كان الراهن والمرتهن قد أذنا للعدل وفرضه العراقيون، فيما إذا شرط الراهن أن العدل يبيع أو حصل توكيل من الراهن فقط ولم يأذن المرتهن. وجريان الخلاف على الفرضين محتمل وترجيح عدم اشتراط مراجعة الراهن فالظاهر والفرص أنه لم يحصل عزل أصلًا أما المرتهن فعلى ما فرضه العراقيون لا بُدَّ من مراجعته؛ لأنه لم يأذن قبل ذلك؛ فلذلك قالوا: لا بُدَّ من مراجعته.

وعلى فرض الإمام لا يحتاج إليه، وكذلك قال: لا خلاف أنه لا يراجع؛ لأن غرضه توفية الحق، والرافعي نقل كلام الإمام، وعن العراقيين أنه لا بُدَّ من مراجعته صح، ويحصل إذنه ثانيًا، وأمر بتأمل بعد ما بين الطريقين، وأظن الحامل للرافعي على ذلك أنه رأى كلام الإمام مصورًا في الاشتراط، والشرط إنما يكون منهما، وهو متضمن للإذن، والجواب: إن إذن المرتهن في البيع إنما يصح بعد قبض الرهن، والراهن يملك التوكيل قبل القبض، نعم إذا قال الراهن قبل القبض: بعه رهنًا.

فَإِذَا بَاعَ فَالثَّمَنُ عِنْدَهُ مِنْ ضَمَانِ الرَّاهِنِ حَتَّى يَقْبِضُهُ الْمُرْتَهِنُ، وَلَوْ تَلِفَ ثَمَنُهُ فِي يَدِ الْعَدْلِ ثُمَّ اسْتَحَقَّ الْمَرْهُونُ فَإِنْ شَاءَ الْمُشْتَرِي رَجَعَ عَلَى الْعَدْلِ، وَإِنْ شَاءَ عَلَى الرَّاهِنِ، وَالْقَرَارُ عَلَيْهِ.

قال ابن سُرَيْجٍ: لا يصح وفيه نظر، وينبغي أن يصح ويمنعه بعض القبض بصفة الرهن، ولم يتطابق كلام العراقيين، والإمام على مسألة واحدة حتى يرد كلام الرَّافِعِي، - رَحِمَهُ اللَّهُ تعالى -.

قال: (**فَإِذَا بَاعَ فَالثَّمَنُ عِنْدَهُ مِنْ ضَمَانِ الرَّاهِنِ حَتَّى يَقْبِضُهُ الْمُرْتَهِنُ**)؛ لأنه ملك الراهن كالرهن.

قال: (**وَلَوْ تَلِفَ ثَمَنُهُ فِي يَدِ الْعَدْلِ ثُمَّ اسْتَحَقَّ الْمَرْهُونُ فَإِنْ شَاءَ الْمُشْتَرِي رَجَعَ عَلَى الْعَدْلِ**) لقبضه الثمن.

(**وَإِنْ شَاءَ عَلَى الرَّاهِنِ**) لإلجائه له شرعًا على الدفع إلى نائبه.

(**وَالْقَرَارُ عَلَيْهِ**) أي: على الراهن هذا ما جزم به الرَّافِعِي وصححه في موضع آخر، والحاصل في المسألة ستة أوجه:

أحدها: هذا، وثانيها: أن المشتري يطالب الوكيل وحده ولا رجوع للوكيل على موكله وهو القياس الظاهر؛ لأن الموكل لم يبلغ مدة على الثمن، والعقد فاسد فلا تتعلق به عهدته، بل يجب الجزم به إذا لم يضع الراهن يده على الرهن، بل إنما سلمه العدل ممن أقر به للراهن أو أعاره إياه ليرهنه، وسيأتي في الوكالة، إن شاء الله تعالى ما يؤيد هذا.

وثالثها: يطالب الوكيل وحده فإذا عزم رجع على موكله.

ورابعها: يطالب الموكل وحده، قاله: العراقيون.

وخامسها: يطالب أيها شاء ولا رجوع من الجانبين.

وسادسها: كذلك ويرجع الموكل على الوكيل، ولم يقل فيما يعلم بطالب الموكل وحده إذا غرم رجع على الوكيل.

تنبيهات: صوَّر الإمام المسألة فيما إذا تلف بلا تفريط، فلو تلف بتفريطه

وَلَا يَبِيعُ الْعَدْلُ إِلَّا بِثَمَنِ مِثْلِهِ حَالًّا مِنْ نَقْدِ بَلَدِهِ، ....

فهل الحكم كذلك أو يقصر الضمان على العدل فقط.

قال شارح: لم أر فيه نقلًا والأقرب الثاني، وإطلاق غير الإمام يقتضي الأول أو ينزل على تصوير الإمام.

قلت: وهذا الوجه وتعليلهم يرشد إليه الثاني ما سبق في منصوصها أما لو نصب الحاكم عدلًا ممن كان على يده أو غيره فباعه بإذن الحاكم، وتلف الثمن في يده بلا تفريط ثم تبين الاستحقاق فأصح الوجهين، وظاهر النص أنه لا يطالب كالحاكم نفسه، فعلى هذا الرجوع على الراهن الحي وفي تركة الميت وما ذكرناه في بيع الحاكم والعدل بإذنه حال حياة الراهن وموته قاله: الدَّارِمِي والإمام وغيرهما، والرافعي اقتصر على ذكر البيع على الميت، وليس في كلامه ما ذكرناه في الحي وسواء ما ذكرناه في الحاكم وعدله بين كون المبيع عليه أم معسر فالعهدة عليه فقط.

قال: **(وَلَا يَبِيعُ الْعَدْلُ)** أي: عند الإطلاق الإذن.

(إِلَّا بِثَمَنِ مِثْلِهِ حَالًّا مِنْ نَقْدِ بَلَدِهِ) كَالْوَكِيلِ، وإن أخذ شيء منها لم يصح، نعم يبيع بدون ثمن المثل بما يتغابن بحيث لا راغب بأزيد منه.

قال الرَّافِعِي: ولو رأى الحاكم بيعه بجنس حق المرتهن جاز.

قلت: وهو ظاهر إذا كان الرهن بقدر الحق المرتهن نظرًا إلى أن يكون مالكه في حجر الشرع، وكان النظر له في ذلك، أو كان مفلسًا، أو الجميع ليباع لا محالة، وشرط أيضًا ألا أسلمه إلا بعد قبض الثمن.

فرع: قال الرَّافِعِي: لو قال أحد المراهنين: بعه بالدراهم، وقال الآخر: بالدنانير، لم يبع بواحد منهما؛ لاختلافهما في الإذن، لكن يرفعا الأمر إلى الحاكم ليبيع بنقد البلد، ثم إن كان أمر القاضي ألحق من جنس نقد البلد، فذاك وإلا صرف نقد البلد إليه، ولو أذن الحاكم أن يبيعه بجنس حق المرتهن جاز، انتهى.

وزاد الدَّارِمِي: إن كانا أي :الدراهم والدنانير نقدًا لبلد أمره ببيعه

فَإِنْ زَادَ رَاغِبٌ قَبْلَ انْقِضَاءِ الْخِيَارِ فَلْيَفْسَخْ وَلْيَبِعْهُ.

بالأحط، فإن كان جنس ماله وإلا صرفه في جنس ماله فوفاه، وإن كانا في الحط سواء باعه بما للمرتهن منه. قال: وإذا دعاه أحدهما إلى نقد البلد عمل عليه، وإذا باع عند الإطلاق بما ألحق منه قال: يعني الشَّافِعِي : تصح، وقيل: إذا كان نقد البلد، وقيل: يجوز وإن لم يكن نقد البلد، انتهى.

ولعل هذا الوجه في عدل الحاكم؛ لأنه نائبه لا في عدلهما.

قال: (**فَإِنْ زَادَ رَاغِبٌ قَبْلَ انْقِضَاءِ الْخِيَارِ فَلْيَفْسَخْ**) وجوبًا إذا ظهر له استقرار الزيادة.

(**وَلْيَبِعْهُ**)، أي: سواء كان قد باع بثمن المثل أم بأزيد؛ لأن عليه النظر لموكله، فإن لم يفسخ انفسخ البيع، وقيل: لا ينفسخ ولا يلزمه قبول الزيادة، وقيل: عليه أن يفسخ، فإن لم ينفسخ، وقيل: ينفسخ بمجرد الزيادة، فعلى الأول وهو المنصوص، وقول الجمهور: لو لم يعلم بالزيادة حتى انقضى الخيار وتبين أنها كانت مستقرة.

قال شارح: فالأقرب عندي أنه يتبين انفساخ العقد، ولكني لم أر من صرح به، وفيه نظر.

تنبيهات: لو أعرض الراغب وقد حكمنا بالانفساخ قبل تبيين بقاء البيع، وقيل: الانفساخ بحاله، فلا بدَّ من بيع جديد وقضيته إيرادهما ترجيحه.

قوله: (**فَلْيَفْسَخْ وَلْيَبِعْهُ**) ظاهره يعني ذلك، وأنه لو باعه للراغب من غير فسخ لم يكف، والصحيح الصحة، وهو أولى وأحوط؛ لأنه إذا وجب فلم يقبل الراغب نفي العقد بحاله، وإذا فسخ فأعرض الراغب ففيه ما سبق، اللهم إلا أن يقال: الإيجاب للراغب فسخ، ولا فرق في الفسخ والبيع من الغير بين عدل الراهن وغيره من الوكلاء، والأولياء، والأوصياء، ونحوهم فيما يظهر.

فائدة: قطعوا هنا بأنه إذا فسخ أن له بيعه ثانيًا ، فقال الرَّافِعِي : رد المبيع بعيب على الوكيل لم يكن له بيعه ثانيًا ، ولو وكله بشرط الخيار للمشتري امتثل ورده المشتري.

وَمُؤْنَةُ الْمَرْهُونِ عَلَى الرَّاهِنِ، وَيُجْبَرُ عَلَيْهَا لِحَقِّ الْمُرْتَهِنِ عَلَى الصَّحِيحِ.

فإن قلنا: ملك البائع لم يزل فله بيعه ثانيًا، وإن قلنا: زال وعاد فكالرد بالعيب، وأطلق في باب الوكالة أنه لو رد عليه بعيب، أو أمره بشرط الخيار أو بفسخ البيع لم يملك بيعه ثانيًا، وهذا يوجب تأملًا في مسألتنا إذا لم يكن العدل منصوب الحاكم، فإلا فالأمر بالبيع من الراغب هنا لعله مفرع على أنه يتمكن من البيع ثانيًا، أو مفروض فيمن صرح له في الإذن بذلك.

قال: **(وَمُؤْنَةُ الْمرْهُونِ)** أي: كنفقة الرقيق وكسوته وعلف الدابة وسقي الشجر فخفيف الثمن، وأجرة الأصطبل وموضع البائع ونحوها.

(عَلَى الرَّاهِنِ) لأنه مالكه؛ ولحديث البخاري السابق، ولحديث: **«له غنمه وعليه غرمه»**[1].

وخالف في ذلك الحسن البصري فقال: هي المرتهن إشارة كأن الأحسن أن يقول: على مالكه، فإن مؤنة المستعار على مالكه لا على الراهن المستعير، ولينص على أنها في مال المحجور المرهون عنه بولاية أو وصاية.

قال: **(وَيُجْبَرُ عَلَيْهَا لِحَقِّ الْمرْتَهِنِ عَلَى الصَّحِيحِ)** حفظًا للوثيقة كما أشار إليه، والثاني - وهو قول المراوزة لا الشيخ أبي حامد بمفرده -: أنه لا يجبر عليها؛ بل يبيع القاضي جزءًا منه بحسب الحاجة، وفرع الإمام عليه أنها لو كانت تأكل الرهن قبل إلا حدٍّ إلحاقه بما يفسد قبل الأجل، فيباع ويجعل ثمنه رهنًا.

قالا: وإذا قلنا بالصحيح فلم يكن للراهن شيء، أو كان غائبًا، باع الحاكم جزءًا منه، واكترى به بيتًا يحفظ فيه الرهن، كذا قالوه.

وهو مثال لما لا يتكرر من المؤن، أما المؤنات الدائرة فيشبه أن يقال: حكمها حكم ما لو هرب الجمال وترك الجمال، أو عجز عن الإنفاق عليها.

قلت: ولا نقل عند الشيخين في ذلك.

وقال الدَّارِمِي: يتبع الرهن وَجِذَاذُهُ وسقيه على ربه، فإن لم يكن معه شيء

---

(١) أخرجه أخرجه الشافعي (١/ ٢٥١)، والحاكم (٢/ ٥٩، رقم ٢٣١٨) والبيهقي (٦/ ٣٩، رقم ١١٠٠١) وابن حبان (١٣/ ٢٥٨، رقم ٥٩٣٤) والدارقطني (٣/ ٣٣).

وَلَا يُمْنَعُ الرَّاهِنِ مِنْ مَصْلَحَةِ الْمَرْهُونِ كَفَصْدٍ وَحِجَامَةٍ، ....

منع منه شيء فأنفق عليه، فإن كانت المدة طويلة يستوفي النفقة أكثر ثمنها باعه الحاكم عليه، فإن أحب كان رهنًا له أو قصاصًا، انتهى.

وينبغي أن يكون الحكم كذلك عند طول الغيبة وعدم مال الراهن، وقد نقلت في «الغنية» في الأقضية ما يؤيد ذلك في الكلام على تحفظ مال الغائب، وما نحن فيه أولى بجواز البيع.

قال: (**وَلَا يُمْنَعُ الرَّاهِنُ مِنْ مَصْلَحَةِ الْمرْهُونِ كَفَصْدٍ وَحِجَامَةٍ**) أي: عند الحاجة إليهما حفظًا لماله.

قال الرُّويَانِي: فإن لم تكن حاجه منع من الفصد لا الحجامة؛ لاستيفاء الصحة. وأما شرب الدواء، قطع الأكلة بغير إذن المرتهن ففيهما كلام وتفصيل يطيل ذكره تدرك من المبسوطات، والحق أنه لا يمنع من جنان الكبير البالغ؛ لما فيه من حق الله تعالى، وقطع به كثيرون خلافًا لـ«الروضة».

وقول المصنف: (**وَلَا يُمْنَعُ**)، فيه إشارة إلى أنهما وغيرهما من المداوة لا يلزمه، وإنما له ذلك إن شاء، وكذا قالوه هنا.

قال ابن الرِّفْعَة في «المطلب» في كتاب «النفقات»: لكنهم ألحقوا الرقيق بالقريب في إيجاب الكفاية، ومقتضاه أن يجب على السيد أجرة الطبيب، وهو أولى من القريب؛ لأنه لا سبيل إلى تحصيله بخلافه.

قال: وقولهم في الرهن: إنه لا يجبر عليها محمول على أنه لا يجب من خالص ماله، بل في غير المرهون يبيع جزءًا منه لأجلها، ويدل عليه أن الْمُتَوَلِّي أجرى الوجهين في نفقة المرهون في أنها من عينه أو من ماله في المداومة، انتهى.

ولم ير نص الرَّافِعِي الإلحاق، وكأنه لأن المداولة غير موثوق بها بخلاف النفقة، وقضية ما ذكر من الإلحاق بالقريب في «الكفاية» وأولى أن يوجب ذلك من خالص مال السيد، فكيف يقول: إن كلامهم محمول على أنها لا تجب من خالص ماله بل في عين المرهون، فتأمله.

وَهُوَ أَمَانَةٌ فِي يَدَ الْمُرْتَهِنَ، وَلَا يَسْقُطُ بِتَلَفِهِ شَيْءٌ مِنْ دَيْنِهِ.

وَحُكْمُ فَاسِدِ الْعُقُودِ حُكْمُ صَحِيحِهَا فِي الضَّمَانِ.

فرع: ما جوزنا للراهن فعله إذا امتنع يجوز للمرتهن قاله القاضي الحسين والمتولي وسليم الرازي، وقال: الْمَاوَرْدِي: لا يجوز.

قلت: إن كان فيه خطر ما فالوجه أنه لا يجوز للمرتهن إلا بإذن الحاكم، وإلا فله ذلك، كما لو أطعمه أو سقاه.

قال: (**وَهُوَ أَمَانَةٌ فِي يَدِ الْمرْتَهِنِ**)؛ للحديث: «**الرَّهْنُ مِنْ رَاهِنِهِ**» أي: من ضمانه «**لَهُ غُنْمُهُ وَعَلَيْهِ غُرْمُهُ**»[1] رواه الشَّافِعِي متصلًا ومرسلًا، ورواه متصلًا ابن ماجه والدارقطني وقال: هذا إسناد حسن متصل، والحاكم وقال: هذا حديث صحيح، وحسنه البيهقي في «الخلافيات» وقال في «سننه»: إن المحفوظ إرساله.

قلت: وعلى التسليم فهو مراسيل ابن المسيب، ومذهب الاحتجاج بمرسل ابن المسيب ونحوه إذا اعتضد وقد اعتضدنا.

قال: (**وَلَا يَسْقُطُ بِتَلَفِهِ شَيْءٌ مِنْ دَيْنِهِ**)؛ للحديث؛ ولأنه وثيقة بدين ليس بعوض منه، فلم يسقط الدين من يتلفه كالضامن بموت.

قال: (**وَحُكْمُ فَاسِدِ الْعُقُودِ حُكْمُ صَحِيحِهَا فِي الضَّمَانِ**):

القاعدة: إن كل عقد اقتضى، **مطلب** صححه الضمان، فكذلك فاسدة وأولى، وما لا فلا، وشذ عنها الشركة، فإنها إن صحت فعمل كل منهما في مال صاحبه غير مضمون، وإن فسدت كان مضمونًا، وكذا عقد السابقة والرمي لا يضمن فاسدهما عند القاضي الحسين، والمرجح خلافه، ولا تضمن الهبة الفاسدة على الأصح. ولو قال: قارضتك على أن كل الربح لي فقراض فاسدة، وفي الأجرة وجهان طردًا فيما لو قال: قارضتك أو ساقيتك، ولم يذكر نصيب العامل، ولو عقد الذمة غير الإمام ونحو لم يصح على الصحيح

---

(١) أخرجه أخرجه الشافعي (١/ ٢٥١)، والحاكم (٢/ ٥٩، رقم ٢٣١٨)، والبيهقي (٦/ ٣٩، رقم ١١٠٠١) وابن حبان (١٣/ ٢٥٨، رقم ٥٩٣٤)، والدارقطني (٣/ ٣٣).

وَلَوْ شَرَطَ كَوْنَ الْمَرْهُونِ مَبِيعًا لَهُ عِنْدَ الْحُلُولِ فَسَدَ، وَهُوَ قَبْلَ الْمَحِلِّ أَمَانَةٌ. وَيُصَدَّقُ الْمُرْتَهِنُ فِي دَعْوَى التَّلَفِ بِيَمِينِهِ، وَلَا يُصَدَّقُ فِي الرَّدِّ عِنْدَ الْأَكْثَرِينَ. وَلَوْ وَطِئَ الْمُرْتَهِنُ الْمَرْهُونَةَ بِلَا شُبْهَةٍ فَزَانٍ، ....

ولا حرمة عليه، وقيل: لحل سنة دينًا. وإذا قلنا: لا يصح استئجاره زوجته لإرضاع ولده منها، وجعله الْعِمْرَانِي المشهور خلافًا لترجيح الرَّافِعِي، فهل يستحق أجرة المثل؟ وجهان.

قال الجمهور: لا، خلافًا لابن خيران، وهذا مما شك عن العاقدة.

مطلب: قال: **(وَلَوْ شَرَطَ كَوْنَ الْمَرْهُونِ مَبِيعًا لَهُ عِنْدَ الْحلُولِ فَسَدَا)** أي: الرهن والبيع المذكوران، الرهن لتأقيته، والبيع لتعليقه، وقيل: يصح الرهن ويلغو الشرط، والمذهب البطلان، وكذلك لو شرط ذلك في رهن شرط في بيع فسد البيعان.

قال: **(وَهُوَ قَبْلَ الْمحِلِّ)** أي: في مسألتنا هذه **(أَمَانَةٌ)**؛ لأن يده يد مرتهن بعقد فاسد، وبعده يكون مضمونًا إن قصد إمساكه عن جهة البيع، وإن علم فساد البيع وقصد إمساكه عن جهة الرهن فكذلك، وقيل: لا يضمن.

وأما الرهن الصحيح فلغاية مطلقًا أما لم يجر سبب مضمن.

قال: **(وَيُصَدَّقُ الْمرْتَهِنُ فِي دَعْوَى التَّلَفِ بِيَمِينِهِ)**، لأنه أمين كما سبق، ولا نزاع عندنا في تصديقه لا كما أفهمه كلام الغزالي، نعم جعله في «البسيط» القياس نظرًا والمراد تصديقه في الجملة، وتفصيله يأتي في «الوديعة» إن شاء الله تعالى.

قال: **(وَلَا يُصَدَّقُ فِي الرَّدِّ عِنْدَ الْأَكْثَرِينَ)**؛ لأنه قبضه لحظ نفسه كالمستعير، ويخالف دعواه التلف؛ لأنه لا يتعلق باختياره، فلا تساعده البينة، وقيل: يصدق؛ لأنه أمين كالمودع.

قال: **(وَلَوْ وَطِئَ الْمرْتَهِنُ الْمرْهُونَةَ بِلَا شُبْهَةٍ فَزَانٍ)** أي: فيُحَدّ إجماعًا، ويلزمه المكرهة لا المطاوعة المعتبر مطاوعتها على الأصح، كما سيأتي بيانه إن شاء الله تعالى.

وَلَا يُقْبَلُ قَوْلُهُ جَهِلْتُ تَحْرِيمَهُ إِلَّا أَنْ يَقْرُبَ إِسْلَامُهُ أَو يَنْشَأَ بِبَادِيَةٍ بَعِيدَةٍ عَنْ الْعُلَمَاءِ.
وَإِنْ وَطِئَ بِإِذْنِ الرَّاهِنِ قُبِلَ دَعْوَاهُ جَهْلَ التَّحْرِيمِ فِي الْأَصَحِّ فَلَا حَدَّ،

ومن صور الشبهة ظنه أنها زوجته أو أمته، أو أنه يحل له وطؤها لكونها أمة أبيه، وهو ممن يخفى عليه تحريمها كما سيأتي عن النص.

إشارة: قوله: (**فَزَانٍ**) متقيد؛ لأن لو لا تجاب بالفاء ويقع للفقهاء، وكأنهم أجروها مجرى إن، أو يقدر الجواب محذوفًا، فتقديره: فهو زانٍ، وهذه الجملة تعليل للجواب، وحذف الضمير منها الذي هو مبتدأ، ولو قال: لكان زانيًا؛ لسلم عن الإيراد.

قال: (**وَلَا يُقْبَلُ قَوْلُهُ: جَهِلْتُ تَحْرِيمَهُ إِلَّا أَنْ يَقْرُبَ إِسْلَامُهُ، أَو يَنْشَأَ بِبَادِيَةٍ بَعِيدَةٍ عَنْ الْعُلَمَاءِ**) لأنه يخفى عليهما بخلاف غيرهما.

قلت: إِنْ أَرَادَ الْأَئِمَّةُ بِقُرْبِ الْإِسْلَام مَنْ قَدِمَ مِنْ دَارِ الْحَرْبِ وَنَحْوِهَا فَذَاكَ، وَأَمَّا مُخَالِطُونَا مِنْ أَهْلِ الذِّمَّةِ فَلَا يَنْقَدِحُ فَرْقٌ بَيْنَهُمْ وَبَيْنَ الْأَغْبِيَاءِ مِنْ عَوَامِّنَا، فَإِمَّا أَنْ يُصَدَّقُوا أَو لَا.

وينبغي أن يصدق من بلغ مجنونًا فأفاق فوطئ المرهونة على دينه ظانًّا حلها، ولم يمض عليه وقت يمكنه أن يعلم فيه التحريم، وقد نص الشَّافِعِي على تصديق من وطئ أمة أبيه ظانًّا حلها له، وأنه لا حد عليه إذا أمكن صدقه.

قال: (**وَإِنْ وَطِئَ بِإِذْنِ الراهِنِ فَعَلَيْهِ دَعْوَاهُ جَهْلَ التَّحْرِيمِ فِي الْأَصَحِّ**) أي: إذا كان ممن يخفى عليه ذلك من عوامنا؛ لأنه مع الإذن قد يخفى على العوام، بل حُكي خفاؤه على عطاء، وهو أحد أعلام التابعين، والثاني: لا يصدق إلا حديث عهد بإسلام ونحوه كما في الحالة الأولى؛ لبعد قوله، واختار الشيخ أبو حامد غلط القاضي أبو الطيب.

وقال ابن الصباغ: هذا عندي يختلف باختلاف حال على حسب ما يعرف من حاله من غفلته وتنبيهه، وهذا توسط حسن، إذ يبعد خفاؤه إلا على مغفل منياه في الصلاة.

قال: (**فَلَا حَدَّ**) للشبهة، ولو علم التحريم مع الإذن حدّ، وقيل: لا يحدّ

وَيَجِبُ الْمَهْرُ إنْ أَكْرَهَهَا، وَالْوَلَدُ حُرٌّ نَسِيبٌ، وَعَلَيْهِ قِيمَتُهُ لِلرَّاهِنِ.

لشبهة، خلاف عطاء، فقد حل عنه إن كانت بيعت إلى ضيفانه يعني: يطؤهن.

قال الإمام: وهذا الوجه ليس بشيء؛ لأن الحد لا يدرأ بالمذاهب، وإنما يدرأ بما يتمسك به أهل المذاهب من الأدلة، ولا يرى لعطاء في ذلك متمسكًا.

قلت: وبعيد ثبوت ذلك عنه.

قال: **(وَيَجِبُ الْمَهْرُ إنْ أَكْرَهَهَا)** أي: المشهور كالمفرضة، وفيه قول صححه الْجُرْجَانِي لإذن مستحقه، والخلاف منقول في «المحرر» وجهين، وأغفله «المنهاج» وجزم بالمشهور، ويجب المهر في كل صورة لا حد فيها، وفي معنى المكرهة: النائمة، والمجنونة، والمغمى عليها، والصغيرة المطاوعة، وكذلك الجاهلة كما قاله: الْجُرْجَانِي وغيره، كالأعجمية التي لا تعقل، وكذا لو ظنته زوجها أو سيدها.

وفي «فتاوى الْبَغَوِي»: أنه لو وطئ جارية أبيه لزمه المهر طائعة كانت أو مكرهة، بخلاف أمة الأجنبي المطاوعة على الأصح؛ لأن وطء الأب وطء شبهة، فوجب المهر بكل حال، ويأتي هذا في المشتركة المطاوعة، وهذا ونحوه يضمنه قولهم: كل صورة لا حد فيها، ولكن أحببت التنصيص عليه.

تنبيه: إطلاق المصنف وغيره يقتضي أنه يجب في البكر مهر بكر، ويظهر أن يقال إن قلنا: أرش البكارة يفرد لم يجب إلا مهر ثيب، وإن قلنا: لا يفرد ففيه احتمال؛ لأن إزالتها مأذون له فيها، ويحصل غالبًا قبل كمال الوطء، والأقرب وجوب مهر بكر وأرش البكارة.

قال: **(وَالْوَلَدُ حُرٌّ نَسِيبٌ)** أي: لاحق به؛ لأنه حكم وطء الشبهة.

قال: **(وَعَلَيْهِ قِيمَتُهُ لِلرَّاهِنِ)** أي: ولا يجزئ على قول المهر على المذهب؛ لأن حق السيد رضي بإتلاف المنفعة لا بالإحبال فقد يقد يعز الوطء عنه، وأيضًا فالموجب للحرية ظن الواطئ، لا الإذن.

قلت: أطلقوا وجوب قيمة الولد، وقد يجيء فيه نزاع إذا كان ممن يعتق على الراهن كما سيأتي في نكاح الأمة إن شاء الله تعالى، وأطلقوا أنها لا

وَلَوْ أَتْلَفَ الْمَرْهُونَ وَقَبَضَ بَدَلَهُ صَارَ رَهْنًا، وَالْخَصْمُ فِي الْبَدَلِ الرَّاهِنُ، ....

تصير أم ولد في الحال، وكذا لو ملكها بعد على الأظهر، ولينظر في وطء الأب المرتهن بالإذن، والظاهر أنها تصير بالاستيلاد أم ولد له كما سيأتي، والكلام هنا في غيره.

وأغرب الْمَاوَرْدِي في باب أم الولد من «إقناعه» فقال: إذا أصاب أمة غيره شبهة وأولدها، فالولد حر، وعليه قيمته، وتصير أم ولد له إن أيسر بقيمتها، ويؤخذ بغرمها للسيد، وإن كان معسرًا فهي على الرق، انتهى.

ولم أره في «الحاوي» ولا غيره من كتب المذهب.

قال: (**وَلَوْ أَتْلَفَ الْمرْهُونَ وَقَبَضَ بَدَلَهُ صَارَ رَهْنًا**)؛ لقيامه مقامه، هكذا جزما به تبعًا للإمام، وقالا: إن العبد المشترى، بل لا عن الوقف المتلف هل يصير وقفًا بالشراء أم لا بد من إنشائه؟

فيه وجهان جاريان في بدل المرهون إذا أتلف، وبالثاني قطع الْمُتَوَلِّي.

قال المصنف: والأصح أنه لا بدَّ من إنشاء الوقف فيه، ووافق الْمُتَوَلِّي آخرون، انتهى.

والظاهر الفرق بين البابين، فإن جميع أحكام الرهن ثابتة، فلا فائدة في إنشاء الرهن، وهناك قيد المشتري لم يصر البدل وقفًا، وقد يرى الناظر المصلحة في رده، ووقف غيره بخلاف ما نحن فيه.

تنبيه: كلام الكتاب يفهم أن البدل قبل قبضه لا يكون رهنًا، لكن قال في «الروضة»: وما دام الأرش في ذمة الجاني هل يحكم بأنه مرهون فيه؟ وجهان، ورجح أن يكون مرهونًا، وهو الصحيح الذي قاله العراقيون خلافًا للمراوزة؛ لأنهم اتفقوا على تعلق حق المرتهن به، وهو الذي في الذمة، وليس للراهن الإبراء منه، ولا معنى للرهن إلا هذا، فإن رجع الخلاف إلى إطلاق لفظ الرهن فلا طائل تحته.

تنبيه ثاني: سكت عمن يقول: قبض البدل، وقد يفهم من قوله: (**وَالْخَصْمُ فِي الْبَدَلِ الرَّاهِنُ**) أنه الذي يقبضه، وقال الْمَاوَرْدِي: إنه يقبضه من كان الرهن

فَإِنْ لَمْ يُخَاصِمْ لَمْ يُخَاصِمِ الْمُرْتَهِنُ فِي الْأَصَحِّ.

بيده، وهو العدل أو المرتهن، وليس للراهن أن يقبضه، وإن كان هو الخصم في الجناية، وفي كلام الشَّافِعِي ما يوافقه وما يمكن معارضته به.

وجمع بينهما بأنه إذا كان ثبت البدل أولًا لقيمة ثوب وأرش جناية أوجبت المال لم يقبضه إلا من كان الرهن بيده، وإن لم يثبت البدل بجناية فوجب قودًا، ولم يعف عنها قيد. ومن عليه القود بإعطاء البدل للراهن، فأخذه مصالحة صح، ووقع الموقع، ويعين بقبضه للأرش، وتعلق حق المرتهن به، ثم يرد إلى من كان بيده، وعندي أنه إن كان من كان بيده منصوب الحاكم فالأمر كذلك، ويرد البدل في الحال لأبيه، وإن كان منصوبهما فقد خرج من البين بالإتلاف، فإن اتفقا على رده إليه أو إلى غيره فذاك، وإن تسامحا عدله الحاكم، ويجيء ما سبق فيما إذا كان عدلهما أولًا فاسقًا، ولا معنى لإيجاب الرد إليه إلا برضاهما، ولا فرق في جميع ما سبق بين بدل الحل والبعض، ومحل ذلك فيما بعد القبض، فإن أتلفه قبله ففي انفساخ الرهن خلاف، فإن قلنا: ببقائه، فينبغي أن يقام بدله مقامه، ويكون الرهن فيه جائزًا كأصله لا يلزم إلا بالقبض.

قال: **(وَالْخَصْمُ فِي الْبَدَلِ الرَّاهِنُ)**؛ لأنه المالك كالمؤجر والمعير والمودع على المذهب فيهن، والخصم في الرهن المعار المعير، لا الراهن المستعير، وإنما عبر بالراهن؛ ليدخل الولي والوصي ونحوهما.

قال: **(فَإِنْ لَمْ يُخَاصِمْ لَمْ يُخَاصِمِ الْمُرْتَهِنُ فِي الْأَصَحِّ)** أي: المنصوص؛ لأنه غير مالك.

قال الْبَغَوِي: وهو الأصح عند الأصحاب، والثاني: يخاصم؛ لتعلق حقه بما في ذمة المتلف، وبه جزم القاضي الحسين، وعزاه الإمام إلى المحققين.

وقال الْقَفَّال في الفتاوى: هو الأصح عندي، وإن كان الشَّافِعِي قال: والخصم فيما جنى على العبد سيده، انتهى.

وهو الخلاف في «التهذيب» و«الشرحين» و«الروضة» هنا قولان، قال: وبمخاصمته عن قعود الراهن عن المخاصمة قطع الإمام والغزالي، وعبارة

فَلَوْ وَجَبَ قِصَاصٌ اقْتَصَّ الرَّاهِنُ وَفَاتَ الرَّهْنُ، ....

الإمام: قال المحققون: انتهض المرتهن خصمًا، ويوصل إلى حقه كما يقول: له مطالبة الراهن إذا كان هو الجاني، انتهى.

هذا هو المختار وليس مخالف للنص؛ لأن ذلك في أصل الحق لم ير له نصًّا عند الامتناع، بل نقل الْبَغَوِي وغيره فيه قولين، والمخاصمة هي القياس، وإلا لضاع الحق.

وحكى المصنف في التنقيح عن صاحب التهذيب أنه قال: ورأيت بخط شيخي فيما سألته عنه أنه لو ادعى على رجل هذه العين التي في يدك ملك فلان رهنها مني أو أجرها مني يسمع، وكذا لو ادعى رجل أنك غصبت مني المرهون فهلك في يدك، فيلزمه قيمته، كما يسمع الدعوى على المالك.

قال الْبَغَوِي: والقياس عندي هذا أنها تسمع الدعوى بالعين، وبعد تلفها بالقيمة، وفي الإجارة لا يسمع بالقيمة، بل بالعين، وكذلك كل موضع يعلق له حق بعين فيسمع دعواه على غاصبها، وأقره المصنف، وكلام الماوَرْدِي في كتاب «السرقة» مصرح باختيار المخاصمة في هذه المسائل ونحوها .

ونقل الرَّافِعِي في الفروع المنثورة آخر الدعاوى عن فتاوى الْقَفَّال، وأقره أنه إذا غصب المرهون من يد المرتهن كان لكل واحد من الراهن والمرتهن أن يدعيه على الغاصب، وحذفت «الروضة» ذكر المرتهن.

قال: (**فَلَوْ وَجَبَ قِصَاصٌ**) أي: في النفس.

(**اقْتَصَّ الرَّاهِنُ**) أي: المالك له لعموم الأدلة.

(**وَفَاتَ الرَّهْنُ**)؛ لفوات العين وعدم بدلها، فإن كانت الجناية على طرق واقتص نفي الرهن في الباقي، ولو قال السيد: لا أقتص ولا أعفو، فقال ابن أبي هريرة: للمرتهن إجباره على القصاص، أو أخذ المال، وصححه ابن أبي عصرون، وجعله ابن الرِّفْعَة الأشبه.

وقال الدَّارِمِي: قلنا: موجب العمد القود عينًا لم يجبر، أو أحد الأمرين أجبر على التعيين.

فَإِنْ وَجَبَ الْمَالُ بِعَفْوِهِ أَو بِجِنَايَةِ خَطَأٍ لَمْ يَصِحَّ عَفْوُهُ عَنْهُ.

وَلَا إِبْرَاءُ الْمُرْتَهِنِ الْجَانِي وَلَا يَسْرِي الرَّهْنُ إِلَى زِيَادَتِهِ الْمُنْفَصِلَةِ كَثَمَرَةٍ وَوَلَدٍ، فَلَوْ رَهَنَ حَامِلًا وَحَلَّ الْأَجَلُ وَهِيَ حَامِلٌ بِيعَتْ، وَإِنْ وَلَدَتْهُ بِيعَ مَعَهَا فِي الْأَظْهَرِ.

وقال المصنف: ينبغي أن يقال: إذا قلنا: إن عفا على ألا مال لم يصح أجبر، وإلا فلا، والقول بالإجبار مشكل كيف فرض، والقياس عدمه مطلقًا، ولم أر من قال به، ويخرج مما قاله المصنف أن الصحيح عدم الإجبار.

قال: (**فَإِنْ وَجَبَ الْمالُ بِعَفْوِهِ أَو بِجِنَايَةِ خَطَأٍ**) أي: أو عمد لا قصاص فيه كالهاشمة، أو كان الجاني أباه أو حرًّا ونحوهما.

(**لَمْ يَصِح عَفْوُهُ**) أي: عفو الراهن.

(**عَنْهُ**) لتعلق حق المرتهن به، وهذا هو المشهور، وفي قول: العفو موقوف، ويؤخذ المال في الحال لحق المرتهن، فإن انفك الرهن بغير الأرش رد إلى الجاني، وإلا فلا، وبني الخلاف على القولين في عتق الفلس، وبني عليهما أن الفاضل من الأرش بعد الدين يكون للراهن، أو للجاني.

قال: (**وَلَا إِبْرَاءُ الْمرْتَهِنِ الْجانِي**)؛ لأنه لا يملك ما أبرأه منه، فإن فعل فالأصح كون المأخوذ للراهن المالك؛ لأنه يتضمن إسقاط حقه من الوثيقة، وجعله الإمام تفريعًا على قول العراقيين، إذ الأرش يوصف الرهن حال تعلقه بالذمة، وسياقه يفهم أن غيرهم لا يوافقهم عليه.

قال: (**وَلَا يَسْرِي الرَّهْنُ إِلَى زِيَادَتِهِ المنْفَصِلَةِ كَثَمَرَةٍ وَوَلَدٍ**)؛ لأن الرهن لا يزيل الملك، فلم يسر إليهما كالإجارة وولد الجانية، وأما المتصلة كالسمن وككبر الشجرة والثمرة فيتبع الأصل، ولينظر فيما لو كانت المتصلة مما يعطي حكم العين كما سيأتي، هل يفوز بها المرتهن كالسمن؟ أم يشاركه الغرماء بقدرها نسبة أن يأتي فيه ما سنذكره في التفليس إن شاء الله تعالى.

قال: (**فَلَوْ رَهَنَ حَامِلًا وَحَلَّ الْأَجَلُ وَهِيَ حَامِلٌ بِيعَتْ**)؛ لأنا إن قلنا: الحمل يعلم، فكأنه رهنها، وإلا فقد رهنها والحمل محض صفة.

قال: (**وَإِنْ وَلَدَتْهُ بِيعَ مَعَهَا فِي الْأَظْهَرِ**) بناء على أن الحمل يعلم،

فَإِنْ كَانَتْ حَامِلًا عِنْدَ الْبَيْعِ دُونَ الرَّهْنِ فَالْوَلَدُ لَيْسَ بِرَهْنٍ فِي الْأَظْهَرِ.

والثاني: لا بناء على أنه لا يعلم. هكذا قاله الرَّافِعِي.

وقال الشيخ أبو محمد: إن قلنا: يعلم، ففي كونه مرهونًا قولان؛ لضعف الرهن عن الاستتباع، والإمام نسب الاستتباع إلى القديم، وعدمه إلى الجديد.

وكذلك الْمَاوَرْدِي وغيره قد قالوا: فيما إذا رهن أمة ثم اعترف بعد القبض أنه كان وطئها، وأتت بولد لمدة الإمكان، أنه لا حقّ للمرتهن في الولد، ووافقهم الرَّافِعِي هناك، وذلك الإطلاق إنما يتجه إذا قلنا: الحمل لا يدخل في الرهن، فإن قلنا: يدخل وكان الوضع لدون ستة أشهر من حين الرهن فينبغي أن يجيء في حريته الخلاف فيما إذا ادعى عتقًا قبل الرهن، وهذا السؤال وارد على الرَّافِعِي، وأما غيره، فيحتمل إطلاقهم على الجديد من أن الحمل لا يدخل في الرهن، ومقتضى ذلك أنه لا يباع معها على الجديد، وهذا يقتضي التوقف في التبعية إذا كان مجيبًا في الحالتين.

ومنع قولنا: إن قلنا: إنه يعلم فكأنه رهنها، فقد نص الشَّافِعِي في باب التدبير من «الأم» على أن الجارية إذا جيئت وهي حُبلى، فحكم ولدها حكم عضو منها ما لم تنفصل، فإن ولدت قبل البيع لم يدخل في الجناية؛ لأنه إذا فارقها فارق حكمها في الجناية، وأكثر ما رأيته من نصوصه يقتضي أن الحمل لا يعلم ولا يقابله قسط، ويستمر عليه ما ذكره في الجانية من بيعه معها مجنيًّا في الحالتين، وحكمه في الجديد أنه لا يدخل في الرهن إذا انفصل؛ لأنه يصير كالولد الحادث، وعلى ما صححاه من أنه يعلم مقابلة قسط من الثمن يحتمل أن يقال: بهذه الأحكام، ويحتمل ألا يقال. وقد ذكر الْمَاوَرْدِي فيما إذا وقف أمة حاملًا، هل يكون حملها إذا وضعته تبعًا لها أو ملكًا للواقف؟ وجهين:

أحدهما: يكون تبعًا إذا قيل: إن الحمل تبع.

والثاني: تكون ملكًا لواقفها إذا قيل: إنه يأخذ قسطًا من الثمن.

قال: (**فَإِنْ كَانَتْ حَامِلًا عِنْدَ الْبَيْعِ دُونَ الرَّهْنِ فَالْوَلَدُ لَيْسَ بِرَهْنٍ فِي الْأَظْهَرِ**) بناء على أنه يعلم.

فَصْلٌ: جَنَى الْمَرْهُونُ قُدِّمَ الْمَجْنِيُّ عَلَيْهِ.
فَإِنْ اقْتَصَّ أَو بِيعَ لَهُ بَطَلَ الرَّهْنُ، وَإِنْ جَنَى عَلَى سَيِّدِهِ فَاقْتَصَّ بَطَلَ.
وَإِنْ عُفِيَ عَلَى مَالٍ لَمْ يَثْبُتْ عَلَى الصَّحِيحِ فَيَبْقَى رَهْنًا.

قال الرَّافِعِي: ويتعذر بيعه معها؛ لأن استثنائه متعذر، ولا سبيل إلى بيعها حاملًا، ويوزع الثمن؛ لأن الحمل لا يعرف قيمته، وعن نصه في «الأم» أن الراهن لو سأل أن يباع ويسلم الثمن كله للمرتهن كان له ذلك، والثاني: أن الولد رهن بناء على أنه لا يعلم، فيبيع كالسمن، وقد بينا أنه الموافق لأكمل النصوص.

فروع: الاعتبار في مقارنة الولد الراهن وحدوثه وسائر الزوائد بحالة العقد، وقيل: بحالة القبض؛ لأن الرهن به يلزم أرش البكارة وغيرها مما ينقض القيمة، وهو بان؛ لأنهما بدل أجر من المرهون لا من الزوائد، ولو نقض بالجناية العين دون القيمة كالخصاء اختص الراهن بالأرش، ولا يتعلق به حق المرتهن، قاله الماوَرْدِي. وكذلك قيدت الفرع المذكور قبله، والشيخان أطلقا.

قال: (**فَصْل: جنى العبد**) أي: بغير أمر سيده أو إذنه.

(**قُدِّمَ الْمجْنِيُّ عَلَيْهِ**) أي: على المرتهن؛ لأن حقه متعين في الرقبة، وحق المرتهن ثابت في الذمة، فإن أمره بها وهو لا يميز أو أعجمي يرى وجوب طاعته والجاني الآمر سيده كان أو غيره، وعليه الضمان، ولا يتعلق برقبة العبد على الأصح، صرحوا بالسيد هنا وألحقت به غيره كما ذكروه في الجنايات؛ لأنه آلة لآمره.

قال: (**فَإِنْ اقْتَصَّ أَو بِيعَ لَهُ**) أي: لحق المجني عليه.

(**بَطَلَ الرَّهْنُ**) لفوات محله، فلو ملكه الراهن بعد ذلك لم يعد رهنًا، ولا خفاء أن المراد بالبطلان ما إذا استغرقت الجناية الثمن، وأنه لو فضل عن الأرش منه شيء كان رهنًا.

قال: (**وَإِنْ جَنَى عَلَى سَيِّدِهِ فَاقْتَصَّ**) أي: السيد، أو وارثه، أو الإمام عند فقدهما (**بَطَلَ**) أي: في المقتص منه نفسًا كان أو طرفًا، كما صرح به (المحرر).

قال: (**وَإِنْ عُفِيَ عَلَى مَالٍ لَمْ يَثْبُتْ عَلَى الصَّحِيحِ فَيَبْقَى رَهْنًا**)؛ لأن السيد

وَإِنْ قَتَلَ مَرْهُونًا لِسَيِّدِهِ عِنْدَ آخَرَ فَاقْتَصَّ بَطَلَ الرَّهْنَانِ، وَإِنْ وَجَبَ مَالٌ تَعَلَّقَ بِهِ حَقُّ مُرْتَهِنِ الْقَتِيلِ، فَيُبَاعُ وَثَمَنُهُ رَهْنٌ، وَقِيلَ يَصِيرُ رَهْنًا.

لا يثبت له على عبده مال، والثاني: يثبت ويتوصل به المالك إن فك الرهن، وحكى العراقيون هذا قولًا عن زوائد شُرَيْح.

إشارة: عُفي بضم العين عن أصل المصنف؛ ليشمل جنايته على نفس السيد خطأً وعمدًا، أو عفوًا الوارث وجنايته على طرف سيده، أو نفس من استحق القود به فعفا، والمرجح في المحل المنع، لكن إن كانت الجناية على طرف سيده فمنصوص الشَّافِعِي والجمهور المنع، وفيه قول بمخرج أو وجه، فإن كانت على نفس السيد خطأً أو عمدًا فقولان منصوصان في «الأم» والأظهر أنه يثبت المال أيضًا، فكان الأجود أن يقول المصنف: على الأظهر.

قال: **(وَإِنْ قَتَلَ)** أي: المرهون أي: **(مَرْهُونًا لِسَيِّدِهِ عِنْدَ آخَرَ)** أي: عند مرتهن آخر **(فَاقْتَصَّ)** يعني السيد ونحوه.

(بَطَلَ الرَّهْنَانِ) لفواتهما وإن لم يكن له مرهونًا؛ فكجنايته على سيده، وعد في كلام الكتاب بالنون.

قال: **(وَإِنْ وَجَبَ مَالٌ)** أي: بعفوه أو أقبضه الجناية.

(تَعَلَّقَ بِهِ حَقُّ مُرْتَهِنِ الْقَتِيلِ) كما لو أتلفه السيد وأولى، وإنما وجب المال وإن كان للسيد على عبده؛ لتعلق حق الغير.

(فَيُبَاعُ وَثَمَنُهُ رَهْنٌ)؛ لأن حقه في مالية العبد، لا في عينه، ولأنه قد يرغب فيه بزيادة، فيتوثق مرتهن القتل.

(وَقِيلَ: يَصِيرُ) أي: القاتل.

(رَهْنًا) ملكًا لدا المقتول، ولا يباع إذ لا فائدة فيه.

تنبيهات: الوجهان ما إذا كانت قيمته كقيمة المقتول أو أقل، فإن كانت أكثر قال المحاملي والماوردي وخلائق: يباع منه ما يقضي به الأرش، ويكون الباقي رهنًا، فإن تعذر بعضه أو نقص بالتشقيص بيع جميعه، وكان ما زاد رهنًا عند مرتهن القاتل.

....

وقال الرَّافِعِي: يبنى على الوجهين، فعلى الأصح كذلك، وعلى الثاني بيعه منه بقدره، وهذا بناء صحيح حيث ثبت الخلاف، فهو في صورتين إن بطل الراهن النقل ومرتهن القتيل البيع، أو يتفق الراهن ومرتهن القتيل على البيع، ويطلب مرتهن القاتل البيع؛ لتوقع زيادة الثمن، وأما لو اتفق الراهن والمرتهنان على أحد الطريقين سلك لا محالة، وكذا لو قطعنا لعدم الراغب بزيادة واتفق الراهن ومرتهن القتيل على النقل أيضًا.

قوله: **(وَثَمَنُهُ رَهْنٌ)** مقتضاه أنه لا يحتاج إلى إنشاء رهن، وهو متوافق لما سبق في قيمة المقتول، وعبارة «المحرر»: ويجعل ثمنه في يده، وهي محمولة على معنى عبارة «المنهاج»، نعم! كلامه يفهم كون جميع الثمن رهنًا بالغًا ما بلغ، وفيه ما سبق. وقوله: **(وَقِيلَ: يَصِيرُ)** أي: القاتل.

(رَهْنًا) ظاهره انتقاله من غير إنشاء، وهل يكون ذلك من الجناية أو التقويم وعدم التراضي بالبيع تبينوه، والمفهوم من كلامهم أن معنى النقل إنشاء نقل بتراضيهما، وليس ذلك من نقل الوثيقة المختلف فيه؛ لأن ذلك في نقلها مع بقاء العقد الأول، والمقصود هنا فك رهن مرتهن القاتل، وإثبات رهن مرتهن القتيل، ومثل هذا لا خلاف في جوازه بالتراضي.

وأما القول: بأنه يحصل رهنًا من غير إنشاء فبعيد وليس في عبارة غير «المنهاج» إنشاء غيرها هكذا قال: بعض الشارحين والاستبعاد ظاهر وعبارة «المحرر» و«الشرحين» و«الروضة» و«التهذيب» و«البيان» وغيرها ينقل إلى يد مرتهن القتيل، وكأن المصنف فهم منها النقل المجرد من غير إنشاء رهن جديد ولا فك وهو بعيد وعبارة جماعة يأباه لكن رأيت في «الكافي» للخوارزمي ما لفظه أحدهما ينتقل العبد الجاني إلى رهن مرتهن العبد المجني عليه، فيصير رهنًا عنده، انتهى.

وهو موافقة لعبارة «المنهاج» والقياس أنه بمجرد الجناية لا يخرج من رهن مرتهنه، حتى لو أسقط مرتهن القتيل حقه من الوثيقة بقي رهن مرتهن الجاني بحاله على الوجهين.

فَإِنْ كَانَا مَرْهُونَيْنِ عِنْدَ شَخْصٍ بِدَيْنٍ وَاحِدٍ نَقَصَتْ الْوَثِيقَةُ، أَو بِدَيْنَيْنِ. وَفِي نَقْلِ الْوَثِيقَةِ غَرَضٌ نُقِلَتْ.

قال: (**فَإِنْ كَانَا مَرْهُونَيْنِ عِنْدَ شَخْصٍ بِدَيْنٍ وَاحِدٍ، نَقَصَتْ الْوَثِيقَةُ**) كما لو مات أحدهما. وقوله: (**عِنْدَ شَخْصٍ**) ليس بعيد في هذه الحالة، فإنه لو رهنهما عند شريكين أو جماعة شركاء على دين واحد، فالحكم كذلك.

قال: (**أَوْ بِدَيْنَيْنِ، وَفِي نَقْلِ الْوَثِيقَةِ غَرَضٌ نُقلت**) أي: وإلا فلا إذا رهنا عند شخص بدينين في صفقتين، فإن اتفق الدينان حلولًا أو أجلًا وقدرًا والقيمتان، فلا نقل ولا بيع على القاتل على حاله، وسقطت وثيقة المقتول، وقيل: ينبغي عرضه المبيع لاحتمال راغب، فيكون قدر قيمته المقتول رهنًا مكانه، وما زاد رهنًا مكان القاتل حكاه الرُّويَانِي، وإن كان أحد الدينين دراهم والآخر دنانير فوافقها في القيمة؛ فوجهان، وقال المرتهن: قد جنى ولا آمنه فباعوه ووضعوا ثمنه رهنًا مكانه، ففي إجابته وجهان، وكلام المصنف يشعر بالإجابة؛ لأنه عوض مقصود. ولو بدت منه هيئة قريبة من الهلاك فقال المرتهن: بيعوه ابق ثمنه، لم يجب إلا أن يمرض مرضًا نخاف موته منه، فيلحق بما يتسارع فساده. قاله الإمام. وكلام القاضي الحسين يقتضي طرد الخلاف فيه.

ولو اتفق الدينار وقيمة القاتل أكثر بيع منه ما يساوي قيمة القتيل، أو نقل على الوجهين السابقين وإن اختلف الدينار واتفقت القيمتان، فإن كان دين القاتل أكثر فلا بيع ولا نقل، وإن كان أقل، أو كان اختلافهما في الحلول أو قدر الأجل، فينقل، أو يباع على الوجهين. ولو اختلف الدينار والقيمتان، فإن كان الاختلاف بالحلول والتأجيل نقل وإن كان بالقدر، فإن كان المرهون بأكثرهما هو القتل وقيمته أكثر نقل، وإن كان مرهونًا فلهما وقيمته أكثر ينقل بقدره، وإلا فلا فائدة، وحيث أطلقنا النقل فالمراد على الوجهين.

ولو طلب المرتهن من الراهن جعل القاتل مرهونًا مع بقائه مرهونًا بما كان مرهونًا قبل جنايته، قال الإمام: لم يجب بالاتفاق يعني: لا يجب على الراهن ذلك، فإن تراضيا، فهو كنقل الوثيقة .

هذا تفصيل قوله: (**وَفِي نَقْلِ الْوَثِيقَةِ غَرَضٌ نُقلت**)، ومراده بالنقل: أنه يباع

وَلَوْ تَلِفَ مَرْهُونٌ بِآفَةٍ، بَطَلَ. وَيَنْفَكُّ بِفَسْخِ الْمُرْتَهِنِ وَبِالْبَرَاءَةِ مِنَ الدَّيْنِ، فَإِنْ بَقِيَ شَيْءٌ مِنْهُ لَمْ يَنْفَكَّ شَيْءٌ مِنَ الرَّهْنِ.

ويجعل ثمنه رهن على الأصح، أو يجعل رهنًا على الوجه الثاني.

واعلم أن الدينين لو اختلفا في الاستقرار وعدمه، كثمن ما يتوقع رده بعيب أو صداق قبل دخول؛ فلا أثر له عند الجمهور، وقيل: إن كان القاتل مرهونًا بالمستقر فلا فدية للنقل أو لغيره، فوجهان. وفي «البسيط»: إن اختلاف جنس الدينين كاختلاف القدر. قال الرَّافِعِي: وهو متجه في المعنى، لكنه مخالف لنص الشَّافِعِي والأصحاب. انتهى.

قلت: وهو المتبادر من إطلاق الكتاب.

إشارة: قوله: **(غَرَضٌ)** أي: للمرتهن كما صرح به الدَّارِمِي و«المحرر» وغيرهما، واقتضاه كلامهم، ولا يبعد أن يقال: يعتبر أيضًا غرض الرهن في بعض الصور، كما لو أشرف على الموت، وطلب بيعه، وجعل ثمنه رهنًا، فأتى المرتهن عنادًا.

قال الشارح: **(وَلَوْ تَلِفَ مَرْهُونٌ بِآفَةٍ)** أي: كالموت والحرق والغرق **(بَطَلَ)** يعني الرهن لفواته.

قال: **(وَيَنْفَكُّ بِفَسْخِ الْمرْتَهِنِ)** أي: بفسخه؛ كقوله: فسخت الرهن، أو أبطلته، أو أسقطت حقي من التوثق، ونحوها؛ لأن الحق له، فله فسخه متى شاء لحيازته من جهته بخلاف الراهن، فإنه بالإقباض لازم من جهته.

قال: **(وَبِالْبَرَاءَةِ)** أي: **(مِنَ الدَّيْنِ)** سواء كان بقضاء، أم بإبراء، أم بإرث، أم بحوالة، أم بإقالة، أم باعتياض.

ولو اعتاض فتلفت العين قبل التسليم، بطل الاعتياض، ويعود الرهن كما كان كعود الدين قاله: الْمُتَوَلِّي، وفي عود الرهنية وقفة.

قال: **(فَإِنْ بَقِيَ مِنْهُ شَيْءٌ)** أي: من الدين.

(لَمْ يَنْفَكَّ شَيْءٌ مِنَ الرَّهْنِ) أي: إجماعًا، ولأنه وثيقة بالدين، ويحل جزء منه كالشهادة.

وَلَوْ رَهَنَ نِصْفَ عَبْدٍ بِدَيْنٍ وَنِصْفَهُ بِآخَرَ فَبَرِئَ مِنْ أَحَدِهِمَا انْفَكَّ قِسْطُهُ، وَلَوْ رَهَنَاهُ فَبَرِئَ أَحَدُهُمَا انْفَكَّ نَصِيبُه.

(فَصْلٌ [في الاختلاف في الرهن]: اخْتَلَفَا فِي الرَّهْنِ أَوْ قَدْرِهِ صُدِّقَ الرَّاهِنُ بِيَمِينِهِ إنْ كَانَ رَهْنَ تَبَرُّعٍ، فَلَوْ شُرِطَ فِي بَيْعٍ تَحَالَفَا.

ولو اشترط أنه كل ما قضى شيئًا انفك منه بقدره، فسد الرهن للمنافاة. قاله: الْمَاوَرْدِي.

قال: (**وَلَوْ رَهَنَ نِصْفَ عَبْدٍ**) مثلًا. (**بِدَيْنٍ وَنِصْفَهُ بِآخَرَ فَبَرِئَ مِنْ أَحَدِهِمَا انْفَكَّ قِسْطُهُ**) تعدد الصفقة بتعدد العقد.

قال: (**وَلَوْ رَهَنَاهُ فَبَرِئَ أَحَدُهُمَا انْفَكَّ نَصِيبُهُ**)؛ لتعدد الصفقة بتعدد العاقد، ولو رهنه من اثنين فبرئ من دين أحدهما انفك قسطه، وقيل: إن اتحدت جهة الدينين كأن أتلف عليهما مالًا فلا.

قال: (**فَصْلٌ [في الاختلاف في الرهن]: اخْتَلَفَا فِي الرَّهْنِ**) أي: في أصله، فادعاه رب الدين وأنكره الآخر جملة، أو قال: رهنتني عبدك، فقال: ثوبي.

(**أَوْ قَدْرِهِ**) كرهنتني هذين، فقال: هذا (**صُدِّقَ الرَّاهِنُ بِيَمِينِهِ إنْ كَانَ رَهْنَ تَبَرُّعٍ**) عملًا بالأصل، والأحسن أن يقال: صدق المالك أو الآخر، إذا المنكر ليس براهن.

قال: (**فَلَوْ شُرِطَ**) أي: الارتهان (**فِي بَيْعٍ تَحَالَفَا**) قال الرَّافِعِي: كما في سائر كيفيات البيع إذا وقع فيه اختلاف ذلك، ولك أن تقول: إن اتفقا على البيع بشرط الرهن، واختلفا في الوفاء، فادعاه المرتهن وأنكر الراهن ليأخذ الرهن، وليس اختلافًا في كيفية البيع، وإن اختلفا كيف صدر البيع، فالتحالف صحيح، وقد ذكره الرَّافِعِي في «الشرح» صريحًا، وفي «المحرر» مدرجًا في الكيفية، فكان فيه غنى عن إعادته هنا.

والماوردي ذكره في الصورة الثانية، وتمكن أن يصورها إذا قال: رهنتني مشروطًا في البيع، فقال: ما رهنتك وفرعا على أن بمجرد شرطه في البيع يصير رهنًا، ويظهر أنه اختيار الْمَاوَرْدِي، فيرجع إلى الاختلاف في كيفية البيع.

وَلَوْ ادَّعَى أَنَّهُمَا رَهَنَاهُ عَبْدَهُمَا بِمِائَةٍ وَصَدَّقَهُ أَحَدُهُمَا فَنَصِيبُ الْمُصَدِّقِ رَهْنٌ بِخَمْسِينَ، وَالْقَوْلُ: فِي نَصِيبِ الثَّانِي قَوْلُهُ: بِيَمِينِهِ، وَتُقْبَلُ شَهَادَةُ الْمُصَدِّقِ عَلَيْهِ.

لكن الْمَاوَرْدِي قال: هنا شيئًا زائدًا، وهو أن المشتري يبتدئ بالثمن، وقال: إن المذهب لا يختلف فيه؛ لأن يمينه لإنكار عقد الرهن، ويمين البائع لفسخ البيع بعدم الرهن، فيقول المشتري: والله لقد اشتريتها بلا رهن! ثم يحلف البائع: لقد باعها برهن. فإذا حلفا خرج العبد من الرهن ولزم العبد.

وصور الماوَرْدِي المسألة أن يقول صاحب الحق: بعتك داري بألف على أن ترهنني بها عبدك، فيقول: بعتنيها على ألّا رهن، وما قاله في البداءة بالمشتري يخالفه تصريح الإمام، فحصل طريان البداءة بالبائع كغيره، وفي كلام ابن الصباغ والقاضي ما يوافق الإمام، فحصل طريقان: البداءة بالمشتري قطعًا التخريج على أقوال البداءة في البيع، وكلام الْمَاوَرْدِي يقتضي أنه لا يجب الجمع بين النفي والإثبات، وهو قضية كلام جماعة، وكلام آخرين بإطلاقه يقتضي التسوية بينه وبين الاختلاف في البيع، وهو القياس، وما ذكره من أن أثر التحالف ثبوت الخيار للبائع كلام غيره يقتضي موافقته، وهو مخالف ما قالوه: في باب التحالف، وكلام الْبَغَوِي يقتضي التسوية، وهو القياس.

وإذا تحالفا، فإن قلنا: ينفسخ بمجرد التحالف اندفع الرهن والبيع، وإن قلنا: لا بد من فسخ، فلا يحكم باندفاع الرهن والبيع حتى يفسخ من كان منهما، فيندفعان جميعًا، هذا هو قياس التحالف، فمن خرج عنه يحتاج إلى دليل.

قال: (**وَلَوْ ادَّعَى أَنَّهُمَا رَهَنَاهُ عَبْدَهُمَا بِمِائَةٍ**) أي: وأقبضاه إياه.

(**وَصَدَّقَهُ أَحَدُهُمَا فَنَصِيبُ الْمُصَدِّقِ رَهْنٌ بِخَمْسِينَ، وَالبَاقِي فِي نَصِيبِ الثَّانِي قَوْلُهُ: بِيَمِينِهِ**) لما قدمناه.

قال: (**وَتُقْبَلُ شَهَادَةُ الْمصَدِّقِ عَلَيْهِ**) أي: على المكذب؛ لعدم التهمة، فإن شهد معه آخر أو حلف المدعي، ثبت رهن الجميع ولو زعم كل واحد منهما أنه ما رهن نصيبه، وأن شريكه رهن، وليشهد عليه، فوجهان.

ويقال قولان، أحدهما: لا يقبل شهادته؛ لأن كل واحد يزعم أن صاحبه

وَلَوْ اخْتَلَفَا فِي قَبْضِهِ فَإِنْ كَانَ فِي يَدِ الرَّاهِنِ أَو فِي يَدِ الْمُرْتَهِنِ، وَقَالَ الرَّاهِنُ: غَصَبْتَهُ صُدِّقَ بِيَمِينِهِ، وَكَذَا إِنْ قَالَ: أَقْبَضْتُهُ عَنْ جِهَةٍ أُخْرَى فِي الْأَصَحِّ.

وَلَوْ أَقَرَّ بِقَبْضِهِ ثُمَّ قَالَ: لَمْ يَكُنْ إِقْرَارِي عَنْ حَقِيقَةٍ فَلَهُ تَحْلِيفُهُ، وَقِيلَ: لَا يُحَلِّفُهُ إِلَّا أَنْ يَذْكُرَ لِإِقْرَارِهِ تَأْوِيلًا كَقَوْلِهِ أَشْهَدْتُ عَلَى رَسْمِ الْقَبَالَةِ، ....

كاذب ظالم بالجحود، وطعن المشهود له في شهادة يمنع قبول شهادته له وأصحهما، وبه قال الأكثرون تقبل، إذ ربما نسيا، وإن تعمدا فالكذبة الواحدة لا توجب الفسق. قاله الرَّافِعِي. وأعرض بأن الكذبة الواحدة لا تفسق إذا لم يكن جحد الحق واجب، ولا دعوى لما لم يجب، أما إذا كانت كذلك فينبغي أن تكون مفسقته، نعم يحتمل ألا متعمدًا؛ بل جحد الشبهة عرضت له أو نسيان، ولنا وجه ثالث أن من شهد أولًا تقبل دون الآخر؛ لأنه انتهض خصمًا منتقمًا.

قال: **(وَلَوْ اخْتَلَفَا فِي قَبْضِهِ فَإِنْ كَانَ فِي يَدِ الرَّاهِنِ أَو فِي يَدِ الْمرْتَهِنِ، وَقَالَ الرَّاهِنُ غَصَبَتهُ صُدِّقَ بِيَمِينِهِ)** إذ الأصل عدم اللزوم، والإذن في القبض، وقيل: يصدق المرتهن عملًا باليد وزيف عاد اليد لا دلالة لها على الرهن، كما قاله: في «الأم».

قال: **(وَكَذَا لو قَالَ: أَقْبَضْتُهُ عَنْ جِهَةٍ أُخْرَى)** أي: كإيداع، أو إجارة، أو إعارة، ونحوها.

(فِي الْأَصَحِّ) أي: في المنصوص، إذ الأصل عدم ما ادعاه، والثاني: يصدق المرتهن؛ لاتفاقهما على قبض مأذون فيه، الرَّافِعِي صرفه إلى جهة أخرى، والظاهر خلافه؛ لقرينة تقدم العقد المحوج إلى القبض.

مطلب: قال: (وَلَوْ أَقَرَّ بِقَبْضِهِ ثُمَّ قَالَ: لَمْ يَكُنْ إِقْرَارِي عَنْ حَقِيقَةٍ، فَلَهُ تَحْلِيفُهُ) تحليف المرتهن بجريان العادة بالإشهاد قبل الإقباض.

قال الرَّافِعِي: وهذا ظاهر النص، ونقله الرُّويَانِي في «الحلية» عن النص صريحًا .

مطلب: قال: (وَقِيلَ: لَا يُحَلِّفُهُ إِلَّا أَنْ يَذْكُرَ؛ لِإِقْرَارِهِ تَأْوِيلًا، كَقَوْلِهِ: أَشْهَدْتُ عَلَى رَسْمِ الْقَبَالَةِ) أي: على الكتابة في الوثيقة، لكن أخذ بعد ذلك،

وَلَوْ قَالَ: أَحَدُهُمَا جَنَى الْمَرْهُونُ وَأَنْكَرَ الْآخَرُ صُدِّقَ الْمُنْكِرُ بِيَمِينِهِ.

وَلَوْ قَالَ الرَّاهِنُ: جَنَى قَبْلَ الْقَبْضِ فَالْأَظْهَرُ تَصْدِيقُ الْمُرْتَهِنِ بِيَمِينِهِ فِي إِنْكَارِهِ،

ونحو هذا من التأويلات المحتملة، كاعتماده كتاب وكيله فبان مزورًا، وقيل: لا يحلف مطلقًا وزيف، وأما الثاني: فصححه المراوزة، ومحله إذا فات الحجة على إقراره، أما لو أقر بمجلس الحكم بعد الدعوى عليه قال الْقَفَّال: لا يمكن من التحليف وإن ذكر؛ لإقراره تأويلًا؛ لأنه لا يكاد يقر عند القاضي إلا عن تحقيق.

قال الرَّافِعِي وقال غيره: لا فرق لشمول الإمكان.

قلت: وهو إطلاق النص والعراقيين والكتاب، ولو شهدوا بإقراره، فقال: ما أقررت، فلا تحليف.

مطلب: كما لو شهدوا بنفس القبض؛ لتكذيبه البينة.

إشارة: لا خفاء أن التحليف ليس مقصورًا على مسألة الرهن، بل يجري الخلاف في نظائر له كثيرة من الأقارير بالقبض والإقباض، فالأوجه جارية فيما لو أقر ببيع أو هبة وإقباض أو ضمان ونحوهما، صرح بذلك الأصحاب.

ولو رفع العين المرهونة إلى المرتهن من غير قصد إقباضه عن الرهن هل يكون قبضًا عنه فيه وجهان في «التهذيب»: أحدهما: كدفع المبيع، والثاني: يكون وديعة بخلاف البيع؛ لأن التسليم واجب، فوقع مطلقه عن الواجب، وهنا غير واجب، فلم يقع مطلقه عنه، ولم يرجح شيئًا.

واعلم أنه إنما يلزم الراهن مقتضى إقراره بالإقباض عند الإمكان فلو قال - وهما بمكة مثلًا -: رهنته اليوم داري بالشام وأقبضته إياها، فهو لاغٍ، نص عليه الشَّافِعِي.

قال: (**وَلَوْ قَالَ أَحَدُهُمَا: جَنَى الْمرْهُونُ، وَأَنْكَرَ الْآخَرُ، صُدِّقَ الْمنْكِرُ بِيَمِينِهِ**) إذ الأصل عدمها.

(**وَلَوْ قَالَ الرَّاهِنُ: جَنَى قَبْلَ الْقَبْضِ، فَالْأَظْهَرُ تَصْدِيقُ الْمرْتَهِنِ فِي إِنْكَارِهِ**) صيانة بحقه ولاحتماله مواطأة الرهن والعبد والمدعي على ذلك، والثاني:

وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ إِذَا حَلَفَ غَرِمَ الرَّاهِنُ لِلْمَجْنِيِّ عَلَيْهِ، وَأَنَّهُ يَغْرَمُ لَهُ الْأَقَلَّ مِنْ قِيمَةِ الْعَبْدِ وَأَرْشِ الْجِنَايَةِ، وَأَنَّهُ لَوْ نَكَلَ الْمُرْتَهِنُ رُدَّتْ الْيَمِينُ عَلَى الْمَجْنِيِّ عَلَيْهِ لَا عَلَى الرَّاهِنِ، فَإِذَا حَلَفَ بِيعَ فِي الْجِنَايَةِ.

يصدق الراهن؛ لأنه أقر في ملكه، فلا تهمة، ورد ذلك بيمينه المواطأة، ويجري القولان في قوله: كنت غصبته، أو اشتريته شراءً فاسدًا، أو بعته قبل أن رهنته، أو وهبته وأقبضته، وفي قول: كنت أعتقته.

قال الشيخ أبو حامد: ولا حاجة في هذه الصورة إلى تصديق العبد ودعواه بخلاف سائر الصور.

وفي الإقرار بالعتق قول ثالث أنه إن كان موسرًا نفذ، وإلا فلا تنزيلًا للإقرار بالإعتاق منزلة الإعتاق، ونقله الإمام والغزالي في الصور كلها، وجعلاها على ثلاثة أقوال.

قال: (**وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ إِذَا حَلَفَ**) يعني: المرتهن.

(**غَرِمَ الرَّاهِنُ لِلْمَجْنِيِّ عَلَيْهِ**) كما لو قتله؛ لأنه حال بينه وبين حقه.

تنبيهات: كان الصواب والأحصر أن يقول: وإنه إذا حلف؛ لأن الخلاف في تغريمه قولان منصوصان مشهوران، بقولي الحيلولة، وكذا نقلاهما وغيرهما، وموضع القولين إذا عين الراهن المجني عليه وادعى الجناية، فلو لم يعين أو عين ولم يدع المعين جنايته، فالرهن باقٍ لا محالة سيان في الغرم علم بالجناية عند رهنه، أم جهلها؛ لأن حق الآدمي يضمن بالعمد والخطأ.

قال: (**وَإِنَّهُ يَغْرَمُ لَهُ الْأَقَلَّ مِنْ قِيمَةِ الْعَبْدِ وَأَرْشِ الْجِنَايَةِ**) كجناية أم الولد لامتناع البيع، والثاني: يغرم الأرش بالغًا ما بلغ.

قوله: (**وَإِنَّهُ يَغْرَمُ**) الأقل يقتضي أن الخلاف وجهين، وهو طريقان: أحدهما: على القولين في فداء الجاني، أظهرهما ما رجحه والمذهب وبه قال الأكثرون: أنه يغرم الأقل قطعًا.

قال: (**وَإِنَّهُ لَوْ نَكَلَ المرْتَهِنُ رُدَّتْ الْيَمِينُ عَلَى الْمجْنِيِّ عَلَيْهِ لَا عَلَى الرَّاهِنِ فَإِذَا حَلَفَ بِيعَ فِي الْجِنَايَةِ**)؛ لأن الحق للمجني عليه والراهن لا يدعي لنفسه

وَلَوْ أَذِنَ فِي بَيْعِ الْمَرْهُونِ فَبِيعَ وَرَجَعَ عَنِ الْإِذْنِ وَقَالَ: رَجَعْتُ قَبْلَ الْبَيْعِ وَقَالَ الرَّاهِنُ: بَعْدَهُ، فَالْأَصَحُّ تَصْدِيقُ الْمُرْتَهِنِ، ....

شيئًا، والثاني: على الراهن لأنه مالك العبد، والخصومة تجري بينهما.

إشارة: الخلاف هنا قولان، ويقال: وجهان، فكان وصية اصطلاحه والبراء به أن يقول: والأظهر تصديق المرتهن بيمينه في إنكاره، وأنه إذا حلف غرم الراهن للمجني عليه والمذهب، وقيل: الأظهر أنه يغرم الأقل المسألة، والأظهر أنه لو نكل المسألة.

قال: **(وَلَوْ أَذِنَ)** يعني: المرتهن.

(فِي بَيْعِ الْمَرْهُونِ فَبِيعَ وَرَجَعَ عَنِ الْإِذْنِ، وَقَالَ: رَجَعْتُ قَبْلَ الْبَيْعِ، وَقَالَ الرَّاهِنُ: بَعْدَهُ، فَالْأَصَحُّ تَصْدِيقُ الْمُرْتَهِنِ) إذ الأصل استمرار الرهن، وهذا ما نسباه إلى الأكثرين، والثاني: تصديق الراهن؛ لأن المرتهن أقر بالإذن في البيع ويدعي رجوعًا سابقًا، والأصل عدمه وبقاء الإذن، وقرن الإمام المسألة من اختلاف الزوجين بعد انقضاء العدة في الرجعة فيها.

وقال الدَّارِمِي: إن قال المرتهن: رجعت قبله، وقال الراهن: بعده، فمبني على اختلاف الزوجين في الرجعة على الأوجه الثلاثة، انتهى.

والمذكور في «التهذيب» أنه لو قال الراهن: كنت قد بعت، أو أعتقت، أو وطأت قبل رجوعك، وقال المرتهن: رجعت ما قبل ذلك، نظر. إن قال: الراهن أولًا ما تقدم، ثم قال المرتهن: كنت قد رجعت، فالقول: قول الراهن بيمينه، وإن قال المرتهن: رجعت، ثم قال الراهن: كنت قد بعت أو أعتقت، صدق المرتهن بيمينه، كالوكيل بالبيع إذ قال: بعت، وقال الموكل: قد عزلتك، فالقول قول من سبق قوله، انتهى.

وقال الْمُتَوَلِّي: إن بدأ الراهن بذلك فقال المرتهن: أنا كنت قد رجعت لا يقبل قوله، وإن بدأ المرتهن بدعوى الرجوع فقال: أنا قد أعتقت وبعت قبل الرجوع، فوجهان مرسلان في نسخ، وفي نسخ: أن الصحيح تصديق الراهن، وقضية تقريب الإمام.

وَمَنْ عَلَيْهِ أَلْفَانِ بِأَحَدِهِمَا رَهْنٌ فَأَدَّى أَلْفًا وَقَالَ: أَدَّيْتُهُ عَنْ أَلْفِ الرَّهْنِ صُدِّقَ بِيَمِينِهِ، وَإِنْ لَمْ يَنْوِ شَيْئًا جَعَلَهُ عَمَّا شَاءَ، وَقِيلَ: يُقَسَّطُ.

وبنى الدَّارِمِي ترجيح تصديق السابق منهما كما قاله الْبَغَوِي.

فإن قلت: بذلك، وإلا فما الفرق بين الباقين؟

قال: (**وَمَنْ عَلَيْهِ أَلْفَانِ بِأَحَدِهِمَا رَهْنٌ فَأَدَّى أَلْفًا، وَقَالَ: أَدَّيْتُهُ عَنْ أَلْفِ الرَّهْنِ صُدِّقَ**) أي: (**بِيَمِينِهِ**) سواء اختلفا في لفظه أم في نيته؛ لأنه أعرف بقصده وكيفية أدائه، وعن أبن أبي هريرة: أنهما إذا اختلفا في نية الدافع لا يحتاج إلى يمين، وهو الجواب في المسألة، وعن القديم: أنهما لو اختلفا في جهة الأداء أن القول: قول القابض. رواه القاضي أبو الطيب وغيره.

قال الأئمة: الاعتبار في قضاء الدين بقصد المؤدي، حتى لو ظن رب الدين أنه أودعه ما دفعه إليه، وقصد المدين الإبقاء، وقع وفاءً، وبرئ منه، وفيه نظر للإمام.

إشارة: لو كان بأحد الدينين ضامن، أو كان ثمن مبيع جلس على أدائه، أو حالًّا والآخر مؤجلًا، ووقع هذا الاختلاف، فحكمه ما ذكرناه.

قال: (**وَإِنْ لَمْ يَنْوِ شَيْئًا**) أي: حالة الدفع.

(**جَعَلَهُ عَمَّا شَاءَ**) إذ التعيين إليه ولم يوجد.

(**وَقِيلَ: يُقَسَّطُ**)؛ لعدم الأولية، وهل التقسيط على قدرهما بالتسوية؟ تردد فيه الصيدلاني، واقتصر الإمام على الأول، وصاحب «البيان» على الثاني.

فلو اتفقا على جعله على ما عليه يفرع عن أحدهما، أصحّ الوجهين المنع.

واعلم أن هذا التفصيل يأتي فيما سبق في الإشارة، وفي الإبراء عن أحد الألفين ونحوها حرفًا بحرف وفاقًا وخلافًا، ولا فرق بين كون الألفين لزماه في عقد أو أكثر.

ومن النظائر: كذا ما لو أقرض كافر كافرًا درهمًا بدرهمين، ثم قبض درهمًا، ثم أسلما، فإن قال: المقبض وجدت رأس المال سقط الربح أو أدى الربح بقي رأس المال، أو لم أنو شيئًا، فتعين أو نوزع وجهان.

فَصْلٌ: مَنْ مَاتَ وَعَلَيْهِ دَيْنٌ تَعَلَّقَ بِتَرِكَتِهِ تَعَلُّقَهُ بِالْمَرْهُونِ، وَفِي قَوْلٍ كَتَعَلُّقِ الْأَرْشِ بِالْجَانِي، ....

ومنها: وكيل لدائنين قبض من مديون واحدًا شيئًا، فإن قصد المدين أحد الدينين بعينه أو التوزيع، فكما قصد، ولينظر فيما لو فوض المدين ذلك إلى إرادة الدائن، أو الوكيل ابتداءً أو دوامًا هل يصح وتعتبر إرادته أم لا؟ فيه نظر.

ومنه وقع في الفتاوى: رجل عليه ألفان مثلًا أحدهما تكفل، فدفع المدين ألفًا ولم يذكر شيئًا، ثم مات، فتنازع الوكيل والدائن، فهل يرجع إلى الوارث، أو إلى رب الدين، أو الكفيل، أو يقسط عليهما؟ فتوقفت فيها، وأفتى بعض شيوخ العصر بأن الورثة يقوم مقامه كما لو كان حيًّا، فإن له أن يعينه عن أيهما شاء على الأصح. قال: وإن تعذر ذلك جعل بينهما نصفين.

قلت: وفِي تَعْيِينِ الْوَارِثِ وَقْفَةٌ إذَا كَانَ الْمَيِّتُ مُفْلِسًا أَو مُوسِرًا، وَلَا رُجُوعَ لِلضَّامِنِ؛ لِمَا فِيهِ مِنْ شَغْلِ ذِمَّتِهِ لِجَمِيعِ الْكَفَالَةِ مَعَ الشَّكِّ، فَيحْتَمِلُ أَنْ يُقَالَ: يَقسطُ هُنَا، وَإِنْ لَمْ يقلْ بِهِ فِي أَصْلِ الْمَسْأَلَةِ، وَلَاسِيَّمَا حَيْثُ لَا تَرِكَةَ.

فائدة: وَمِنْ الْقَوَاعِدِ الْمقَرَّرَةِ أَنَّ مَنْ كَانَ الْقَوْلُ قَوْلَهُ: فِي شَيْءٍ، كَانَ الْقَوْلُ قَوْلَهُ: فِي صِفَتِهِ.

قال: **(فَصْلٌ: مَنْ مَاتَ وَعَلَيْهِ دَيْنٌ تَعَلَّقَ بِتَرِكَتِهِ تَعَلُّقَهُ بِالْمَرْهُونِ، وَفِي قَوْلٍ: كَتَعَلُّقِ الْأَرْشِ بِالْجانِي)** لأن كل واحد منهما ثبت شرعًا بغير رضا المالك.

وقال الْفُورَانِي: هو كتعلق الغرماء بمال المفلس. اختاره ابن الرِّفْعَة في «مطلبه»، وأثر الخلاف يظهر في تصرف الوارث بالبيع وغيره، فإن قلنا: تعلق رهن بطل تصرفه، أو جناية جاء الخلاف، هكذا عبر شارح، وعبارة «الشرح» و«الروضة» بعد ترجيح الأول، فلو أعتق الوارث، أو باع وهو معسر، لم يصح، سواء جعلناه كالجاني أو كالمرهون، ويجيء في الإعتاق خلاف، فإن كان موسرًا نفذ، وفي وجه: بناء على تعلق الأرش، ولم ينفذ في وجه بناء على تعلق المرهون، وفي وجه: هما موقوفان إن قضى الدين تبينا نفوذهما، وإلا فلا، انتهى.

فَعَلَى الْأَظْهَرِ يَسْتَوِي الدَّيْنُ الْمُسْتَغْرِقُ وَغَيْرُهُ فِي الْأَصَحِّ.

وَلَوْ تَصَرَّفَ الْوَارِثُ وَلَا دَيْنَ ظَاهِرٌ فَظَهَرَ دَيْنٌ بِرَدِّ مَبِيعٍ بِعَيْبٍ فَالْأَصَحُّ أَنَّهُ لَا يَتَبَيَّنُ فَسَادُ تَصَرُّفِهِ لَكِنَّ إِنْ لَمْ يَقْضِ الدَّيْنَ فَسَخَ.

وإلا تحرير الخلاف في عتق الموسر على كل القولين كعتق الراهن؛ لأن الوارث ما المعتق ملكه، فليتأمل في بيع الجاني.

قال: (**فَعَلَى الْأَظْهَرِ يَسْتَوِي الدَّيْنُ الْمُسْتَغْرِقُ وَغَيْرُهُ فِي الْأَصَحِّ**) كسائر الرهون، ومقابلة ينفذ تصرف الوارث فيما زاد على قدر الدين، إذ الحجر عليه في الكبير بالحصر بعيد، فاعلم أن هذا الخلاف جائز على القول الثاني في الكتاب بخلاف ما أشعر به كلام «المنهاج» وأصله.

فرع: لو أدى وارث قسط ما ورث، انفك نصيبه، بخلاف ما لو رهن ثم مات، لا ينفك إلا بوفاء جميع الدين على الأظهر فيهما.

قال: (**وَلَوْ تَصَرَّفَ الْوَارِثُ وَلَا دَيْنَ ظَاهِرٌ، فَظَهَرَ دَيْنٌ بِرَدِّ مَبِيعٍ بِعَيْبٍ، فَالْأَصَحُّ أَنَّهُ لَا يَتَبَيَّنُ فَسَادُ تَصَرُّفِهِ**)؛ لأن تصرفه كان شائعًا ظاهرًا، ووجه مقابلة إلحاق المتحدد من الدين بالمقارن؛ لتقدم سببه.

تنبيه: كان الأحسن أن يقول: فطرأ دَيْن كردّ مبيع؛ ليشمل كلامه ما لو سقط بعد موته ساقط في بئر كان حفرها عدوانًا ونحوها، فإنها على الخلاف.

قال الإمام: وصورة البئر أولًا بعدم النقض، وفوض المسألة فيما إذا اقتسموا، والظاهر ألا فرق، وكذا أطلق الغزالي وغيره، ولعله أراد البينة لا التقييد. قال: (**لَكِنَّ إِنْ لَمْ يُقْضَ**) الوارث.

(**الدَّيْنَ فَسَخَ**) أي: تصرفه؛ ليصل الحق إلى أهله، ولا طريق غيره، إذ لا دين على الوارث حتى يطالب بفسخ؛ لتعلق حق الغير به، بل يطالب الوارث بالدين كالضامن؛ لأنه فوت التركة، فلزمه ضمانها.

إشارة: قوله (**يُقْضَ**)، وهو بضم الياء؛ ليعم الوارث وغيره قاله: في «الرقائق». والتعبير بالسقوط يعم الإبراء أو القضاء.

واعلم أن قوله: (**فَسَخَ**) يشمل البيع والعتق والوقف وغيرها، وهو في

وَلَا خِلَافَ أَنَّ لِلْوَارِثِ إِمْسَاكَ عَيْنِ التَّرِكَةِ وَقَضَاءَ الدَّيْنِ مِنْ مَالِهِ، وَالصَّحِيحُ أَنَّ تَعَلُّقَ الدَّيْنِ بِالتَّرِكَةِ لَا يَمْنَعُ الْإِرْثَ فَلَا يَتَعَلَّقُ بِزَوَائِدِ التَّرِكَةِ كَكَسْبٍ وَنِتَاجٍ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ].

البيع ونحوه واضح، وأما العتق فإن كان معسرًا فكذلك نظرًا للميت، وإن كان موسرًا ففي قبضه نظر، ولعله أولى بالتقود من عتق الراهن الموسر، إذ التعلق طارئ على التصرف، فتأمله.

قال: (**وَلَا خِلَافَ أَنَّ لِلْوَارِثِ إِمْسَاكَ عَيْنِ التَّرِكَةِ وَقَضَاءَ الدَّيْنِ مِنْ مَالِهِ**)؛ لأنه خليفة مورثه، وكان ذلك لمورثه في المرهون، نعم لو أوصى ببيعها وفينا دينه منها ونفذناها، ولو كان الدين أكثر من التركة فطلب الوارث أخذها بالقيمة، وقال الغريم: يباع، وجاء راغب، أجيب الوارث على الأصح والنظر وربما ظهر راغب لا سيما في الشيء النفيس المطلوب غالبًا، فإذا بلغت قدرًا قيل للوارث: إن شئت خذها به، وإلا بيعت به للغير، والله أعلم.

قال: (**وَالصَّحِيحُ أَنَّ تَعَلُّقَ الدَّيْنِ بِالتَّرِكَةِ لَا يَمْنَعُ الْإِرْثَ**) إذ تعلقه بها لا يزيد على تعلق حق المرتهن بالمرهون، والمجني عليه بالجاني، وذلك لا يمنع الإرث، وكذا هذا، والثاني يمنع، وعزاه الإمام إلى القديم، والأول إلى الجديد؛ لقوله سبحانه وتعالى: ﴿مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ يُوصِي بِهَآ أَوۡ دَيۡنٍۗ﴾[النساء: ١١] أي: من بعد إعطاء أو وصية وإبقاء دين إن كانا، وعلى هذا هل يمنعان إرث الجميع أو قدرهما؟ وجهان، ونسبه أن الوجهين في الوصية بغير المعين، أما الوصية بالمعين فلا يمنع إرث غيره جزمًا، ويحتمل أن المعين الخارج من الثلث غير موزون جزمًا على هذا القول.

واعلم أن صاحب «البيان» قال في كتاب «الفرائض»: ذهب الأكثرون إلى انتقال ماله إلى ورثته قبل قضاء الدين، وحكى الشيخ أبو حامد وغيره عن الإصطخري أنه لا ينتقل إليهم حتى يقضي الدين، وحكى ابن الصباغ عنه إن كان الدين محيطًا بالتركة منع الانتقال إليهم، وإلا منع بقدره، انتهى.

ولم يذكر الوصية، وأفاد نقل خلاف في قول: ابن سعيد.

قال: (**فَلَا يَتَعَلَّقُ بِزَوَائِدِ التَّرِكَةِ كَالكَسْبِ وَنِتَاجٍ وَاللَّهُ أَعْلَمُ**) لأنهما بيع

....

للملك، فإن قلنا: يمنع انتقالها تعلق بها لبقائه على ملك الميت.

تنبيهات: ما ذكره فيما يحدث بعد الموت، أما لو توفي وقد برزت ثمرة لا أكمام لها، فهي تركة، وإن كانت بخلافها بعد التأبير كذلك، وإن مات قبله فوجهان: أحدهما: للورثة، والثاني: تركة، وهكذا لو ترك حيوانًا حاملًا، فانفصل بعد الموت بناء على أن له قسط من الثمن أم لا.

ذكره القاضي الحسين في «الفتاوى»، وفي الوقف بالنسبة إلى البطن الثاني والغرماء، ولينظر فيما لو مات عن زرع لم يسبل هل يكون الحب من التركة للورثة؟ والأقرب الثاني.

نعم لو برزت السنابل فمات ثم صارت حبًّا، فهذا موضع تأمل، اقتضى كلام الإمام الرَّافِعِي في كتاب«النكاح» كلامه على نكاح العبد تعلق الدين بزوائد التركة عكس ما قاله: هنا، وتبعه في «الروضة»، ولم يقع عن قصد، فإنه خلاف المذهب.

فائدة: قال بعض أشياخ العصر: غلط جماعة من المتقدمين والقضاة فيما إذا كان على الميت دين للوارث أنه يسقط منه بقدر إرثه، فإن كان جائزًا سقط الجميع، وأنه يظهر لذلك من ذلك الدين لو كان لأجنبي، وهو نسبة إرثه من الدين إن كان مساويًا للتركة أو أقل، ومما يلزم الورثة أداؤه إن كان أكثر، ويستقر له نظيره من الميراث، ويقدر أنه أخذ منه ثم أعيد إليه عن الدين، وهذا سبب سقوطه وبراءة ذمة الميت منه، ويرجع على بقية الورثة ببقية ما يجب أداؤه على قدر حصصهم، وقد يفضي الأمر إلى التقاضي إذا كان الدين لوارثين. وبالله التوفيق، وأسأله الإعانة.

كِتَابُ التَّفْلِيسِ

قال المصنف: [مَنْ عَلَيْهِ دُيُونٌ حَالَّةٌ زَائِدَةٌ عَلَى مَالِهِ يُحْجَرُ عَلَيْهِ بِسُؤَالِ الْغُرَمَاءِ

قال الشارح: كتاب التَّفْلِيسِ هو بيعك من الإفلاس مأخوذ من الفلوس التي هي أحسن المال، وكان حاله صار إلى الفلوس، إما ملكًا أو تصرفًا، ثم كنى به عن عدم المال أو قلته، ثم يشبه به المحجور عليه بالدين.

وهو في الشرع: مَن حجر عليه الحاكم لديون الناس لإفلاسه، والأصل في الباب قوله ﷺ: («**إذا أفلس الرجل ووجد البائع سلعته بعينها فهو أحق بها من الغرماء**»[1] متفق عليه.

وقد حجر ﷺ على معاذ رضي الله عنه وباع عليه ماله في دين كان عليه. قال الحاكم: صحيح على شرط الشيخين.

وحجر عمر رضي الله عنه على أسيفع من جهينة مشهورة[2].

قال: (**مَنْ عَلَيْهِ دينٌ حَالَّةٌ زَائِدَةٌ عَلَى قَدْرِ مَالِهِ يُحْجَرُ عَلَيْهِ بِسُؤَالِ الْغُرَمَاءِ**) أي: ومن مات عنهم من ولي ووصي وثم حاكم؛ لما سبق، ولما فيه من مصلحة الغرماء؛ لئلا يخص بعضهم بالوفاء فيضر بالباقين، ويتلفه بإنفاق وغيره، فتضيع حقوقهم.

قال ابن الرِّفْعَة: ومن هذه العلة فوجد أنه لو كان ماله مرهونًا امتنع الحجر، ولم أره منقولًا.

قلت: ويظهر أن يقال: إن كان الدين مستغرقًا للمرهون فلا معنى للحجر، وإن كان المرهون أزْيَد؛ كرهنه ما يساوي ألفًا مثلًا على مائة، فينبغي أن يتوجه الحجر عليه فيه لما أشرنا إليه؛ لأنه قد يخص به المرتهن محاباةً وإصرارًا بغيره.

---

(١) أخرجه البخاري (٢٦٠١) ومسلم (١٥٥٩).

(٢) أخرجه مالك في الموطأ (٢/ ٧٧٠)، والبيهقي في السنن الكبرى (١٠/ ١٤١).

....

تنبيهات: منها: قوله: **(ديون)** لا مفهوم، فإن الدين الواحد كافٍ، وكذا قوله: **(الغرماء)** كما سيأتي.

وأخرج بقوله: **(حالة)** المؤجلة، فلا حجر بها على الأصح كما سيأتي.

ومنها: قوله: **(زائدة)** أخرج به المساوية لما بيده، والمنقول فيها أنه إن كان ينفق من كسبه فلا حجر وإن بدت أمارات الإفلاس، فإن لم يكن كسوبًا بل ينفق من ماله، أو لم يف كسبه بنفقته، فوجهان أصحهما عند العراقيين: لا حجر، كما اقتضاه كلام الكتاب، وصرح به من بعد.

قال في «الروضة»: واختار الإمام الحجر، وعبارة الإمام: وهذا الوجه مختار عند الأئمة، وفي «البسيط» أنه القياس، وصححه ابن أبي عصرون، ومنها قضية كلام الكتاب وغيره أنه لا بد أن يكون له مال حالة الحجر يحجر عليه فيه.

قال الرَّافِعِي: ويجوز ألا يحتاج في الحجر إلى أن يملك المفلس مالًا، بل مجرد الدين يكفي لجواز الحجر منعًا من التصرف فيما عساه يحدث له باصطياد وإتهاب، فإن كان كذلك فليفسر المفلس بمن لا مال له يفي بديونه، فينضم من لا مال له أصلًا، ومن له مال، انتهى.

وفيه نظر، نعم يتجه الحجر على من له فعل يحدث من ثمر شجر موقوف عليه ونحو ذلك بمن له دين مؤجل، وجعل على عمل لم يتمه.

ثم رأيت ابن الرِّفْعَة قال: إن ما بحثه الرَّافِعِي مخالف لنص الشَّافِعِي والقياس، فلأنه ذكر أنه إنما يتوجه الحجر إلى ماله، فإذا لم يكن له مال فإلى ماذا يتوجه؟

وأما القياس فلأن ما يتجدد له من المال إنما يحجر عليه إذا رأينا بيعًا للمالك الموجود، وما جاز بيعًا بمبيع تجويزه قصدًا، وكيف يكون وهو لا يلزمه فعل ذلك، فيحجر عليه فيما لا يجب عليه تعاطي سببه، انتهى.

وهذا حق، وينبغي بناء ذلك على أن الحجر هل هو على ماله؟ أو على

وَلَا حَجْرَ بِالْمُؤَجَّلِ، وَإِذَا حُجِرَ بِحَالٍّ لَمْ يَحِلَّ الْمُؤَجَّلُ فِي الْأَظْهَرِ، ....

نفسه؟ وفيه وجهان، فإن قلنا: على نفسه، اتجه بحث الرَّافِعِي، وإلا فلا، ولكن الحق أن الحجر على ماله، فحيث لا مال لا حجر، والوجهان رواهما ابن الرِّفْعَة، وهما غريبان.

ومنها قوله: (**يحجر**) أي: يجب أن يحجر الحاكم عليه عند الْتِماسه منه، وقول بعض الأصحاب: فللقاضي أن يحجر أراد الرد على أبي حنيفة، فإنه قال: ليس له أن يحجر، فقالوا: بل له ذلك، وعبارة «المحرر»: ويجوز الحجر، وهي موافقة لعبارة الإمام والغزالي وغيرهما.

قال شارح: ولعل هؤلاء يقولون: يفعل ما يراه مصلحة من الحجر والمبادرة إلى البيع، وما ذكره من المبادرة إلى البيع بلا حجر لم يعهد.

ومنها قوله: (**سؤال الغرماء**) يقتضي أنه لا حجر بغير مسألة مطلقًا كما صرح به من بعد، وليس كذلك كما سنوضحه إن شاء الله تعالى.

قال: (**وَلَا حَجْرَ بِالْمؤَجَّلِ**) شرع في شرح القيود التي تضمنها كلامه أول الباب، وتكلمنا على بعضها، وكان الأحسن أن يقول: (فلا حجر بالمؤجل) بالفاء، إذ لا مطالبة به في الحال، وقيل: إن قلنا: يحل بالفلس حجر أيضًا.

قال: (**وَإِذَا حُجِرَ بِحَالٍّ لَمْ يَحِلَّ الْمؤَجَّلُ فِي الْأَظْهَرِ**)؛ لأن الأجل مقصود له، فلا يفوت عليه، والثاني: يحل كالموت، وفرق بأن ذمة الميت خربت بخلافه.

تنبيهات: بنى الماوَرْدِي القولين على أن حجر المفلس لحجر المريض، أو كحجر السفيه، وفيه قولان: إن قلنا: بالأول حل، وإلا فلا، وغلط شارح فعكس النقل، فقال: إن قلنا حجر سفه فيحل، أو حجر مرض فلا.

قال في متن «الروضة»: ولو جن وعليه دين وحلّ حلّ على المشهور، وهو سبق قلم أو غيره، وتبعه عليه الشارح المشار إليه، وهو مكتوب بخط المصنف على كشط ومضروب عليه، ثم كشط الضرب، وكأنه اِلْتبس عليه، ولا شك أن الصحيح العكس، وذكره في «التنقيح» على الصواب، فصحح عدم الحلول

وَلَوْ كَانَتْ الدُّيُونُ بِقَدْرِ الْمَالِ فَإِنْ كَانَ كَسُوبًا يُنْفِقُ مِنْ كَسْبِهِ فَلَا حَجْرَ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ كَسُوبًا وَكَانَتْ نَفَقَتُهُ مِنْ مَالِهِ فَكَذَا فِي الْأَصَحِّ.

وَلَا يُحْجَرُ بِغَيْرِ طَلَبٍ ....

فيهما، بل في «النهاية» و«البسيط» أنه أولى بالمنع من المفلس؛ لأن القيمة أن يبتاع له بثمن مؤجل، وقاس القاضي أبو الطيب القول الأظهر في الفلس على الجنون الحق طروء الرق بالفلس، وتصويره ظاهر، وجعلا الخلاف في الحلول بالرق أولى منه بالفلس. ذكراه في «السير»، ونقلا الحلول بطروء الرق على النص، وجعلاه دليلًا لطريقة جازمة بأن المكاتب إذا حجر عليه بالفلس حلت ديونه، والطريقة الصحيحة فيه أنه على القولين كالحر المفلس.

قال صاحب «التعجيز»: ولا يبعد إجراء الخلاف فيما لو حجر عليه بالسفه، وفيه نظر ظاهر، نعم هل يحل بالردة؟

قال ابن الرِّفْعَة هناك: قال الأصحاب: يعني ذلك على زوال ملكه إن قلنا: ببقاء فلا، أو بزواله فنعم، وإن وقفناه فأسلم بنينا عدم حلولها.

قال: **(وَلَوْ كَانَتْ الدُّيُونُ بِقَدْرِ الْمَالِ، فَإِنْ كَانَ كَسُوبًا يُنْفِقُ مِنْ كَسْبِهِ)** ينفق من كسبه **(فَلَا حَجْرَ)** أي: لعدم الحاجة إليه بل فأمر الحاكم بقضاء الدين، فإن امتنع باع ماله أو أكرهه على بيعه، وهل للحاكم إذا التمسه للغرماء عند امتناعه من الوفاء والبيع حبسه من إتلافه أمواله؟ فيه وجهان، أصحهما: نعم، وهذا غير حجر الفلس، لا كما أفهمه كلام بعض الشارحين.

(وَإِنْ لَمْ يَكُنْ كَسُوبًا وَكَانَتْ نَفَقَتُهُ مِنْ مَالِهِ، فَكَذَا فِي الْأَصَحِّ)؛ لتمكنهم من المطالبة في الحال، والثاني: يحجر؛ لئلا يذهب ماله فيها، وقد عجلنا الكلام في المسألة، وحكى صاحب «المهذب» الخلاف قولين، وأجرى الخلاف كما قدمناه فيما لو كان كسبه لا يفي بنفقته؛ لقصوره عنها، أوقد وفاه، وفيما لو كانت الديون أقل، ولكن غلب على الظن مصير ماله إلى البعض، أو المساواة لكثرة النفقة، وهذه الصورة أولى بالمنع.

قال: **(وَلَا يُحْجَرُ بِغَيْرِ طَلَبٍ)** أي: من الغرماء المطلقين للتصرف؛ لأن

فَلَوْ طَلَبَ بَعْضُهُمْ الحَجْرَ وَدَيْنُهُ قَدْرٌ يُحْجَرُ بِهِ حُجِرَ، وَإِلَّا فَلَا، ....

الحق لهم، وهم ناظرون لأنفسهم، واعلم أن تقييده أولًا الحجر بسؤال الغرماء وإطلاقه هنا أنه لا يحجر بغير طلب، وإن كان المراد ما نزلنا كلامه عليه من أن ذلك في المطلق التصرف في أموالهم، على أن الإمام قال في كتاب «العدد»: المذهب أن للحاكم أن يحجر عليه من غير استدعاء الغريم يطرأ له، ويقوي هذا أو يتعين فيما إذا كانت حاله تقتضي الحجر عليه؛ لسفهه وتدبيره، فيحجر عليه في ماله، والفلس يطرأ له. أما لو كانت الديون لمحجور عليهم بصبا أو جنون أو سفه، فإنه يحجر لمصلحتهم بلا التماس، وكذا لو كان في الغرماء واحد من هؤلاء ودينه قدر الحجر به إن اعتبرنا ذلك. قال في «الروضة» وغيرها: ولا يحجر لدين الغائبين؛ لأنه لا يستوفي مالهم، انتهى.

وهذا في مطلق التصرف، أما لو كان لمحجورين، وكان النظر لهم في ذلك حجر، إذ النظر في أموالهم لقاضي بلدها على الأصح، على أنا نمنع استيفاءه دين الغائب إذا كان على غني على الأصح، فلو كانت على من يخاف فلسه، قال الْقَفَّال: فللحاكم نصب من يستوفيها، أو كانت على غاصب يخشى فواتها، وإذا كان الاستيفاء خوف الموت كان له الحجر في هذه الحالة بلا شك، ولو كان الدين لمفلس حي أو ميت وتقاعد الحي والورثة، فهل يحجر بغير التماس يطرأ للميت؟ وهل يقوم التماس الغرماء مقام التماس الدائن المفلس، والورثة في هذه الحالة الأقرب، نعم والظاهر أن من لا وارث له يحجر الحاكم على غرمه بشرطه بلا التماس لحق المسلمين، وكذا لو كان ثم وارث غير جائز كبنت، وفي معناه: ما لو كان الدين لجهة وقف على الفقراء، ومسجد، ونحوه من الجهات العامة.

قال: (**فَلَوْ طَلَبَ بَعْضُهُمْ الحَجْرَ**) أي: بعض الغرماء الدين نزلنا كلامه.

(**وَدَيْنُهُ قَدْرٌ يُحْجَرُ بِهِ حُجِرَ**) أي: لوجود شرط الحجر، ثم لا يختص أثره بالطالب، بل يعمهم.

قال: (**وَإِلَّا فَلَا**)؛ لأنه يمكنه طلب دينه كما له، فلا حاجة إلى طلب الحجر.

وَيُحْجَرُ بِطَلَبِ الْمُفْلِسِ فِي الْأَصَحِّ.

قال في زيادة «الروضة»: وأطلق القاضي أبو الطيب وأصحاب «الحاوي» و«التتمة» و«التهذيب» أي: و«الكافي» أنه إذا عجز ماله فطلب الحجر بعض الغرماء حجر، ولم يعتبروا قدر دين الطالب، وهذا قوي، وممن أطلق ذاك ابن الصبَّاغ والعمراني وغيرهم من العراقيين، واختاره الشيخ أبو محمد الجويني، وسنذكر عن نص الإمام ما يؤيده، وهذا يظهر عند امتناع الغريم من الأداء، أو ادعائه العجز أو خوف إفساده ماله، أما لو قال: أنا أوفي دينه وبدله.

وقال الدَّارِمِي: إذا كان له غرماء حضور وغيب، ومعه وفاء الحضور ويعجز عن الجميع، فأراد الحضور الحجر، فعلى الوجهين .

قال: (**وَيُحْجَرُ بِطَلَبِ الْمفْلِسِ فِي الْأَصَحِّ**)؛ لأن له غرضًا ظاهرًا فيه، وهو صرف ماله إلى ديونه، وذكر الرَّافِعِي أنه روي أن الحجر على معاذ ﷺ كان بالتماسه. وفي «النهاية» و«البسيط» إلى الأكثرين.

وقال في «الاستقصاء» أنه ليس بشيء، والثاني: لا حجر؛ لأن الحق للغرماء، ولمنافاة الحجر للحرية، وإنما حجر عند طلب الغرماء للضرورة.

تنبيهات: الظاهر أن هذا الخلاف في جواز إجابته وعدم جوازه بخلاف ما لو سبق عند سؤال الغرماء.

نعم، يظهر القول بوجوب إجابته حيث يتوجه على الحاكم الحجر نظرًا للمحجورين ومن ألحقناه بهم، وكنت أود أن لو قيل في صورة الكتاب: مجتهد الحاكم في إجابته، فإن ظهر له أن قصده السداد أجابه، أو الفساد فلا، وإن لم يظهر له شيء فتردد إذ أجابه الحاكم، وسببه أنه لا يعتبر هنا كون الديون زائدة على ما بيده، بل بحسبه إذا خاف العجز لكن خرجه، أو لعدم كسبه، وإن لم يجب الغرماء في هذه الحالة.

ثم صور المسألة حيث بدت الدين بدعوى وإقامة بينة، أو إقراره، ولم يطلبوا الحجر عليه، وطلبه هو، أو كان القاضي عالمًا بثبوت الدين، وقلنا: يعتمد عليه، أما بدون ذلك فلا يكتفي طلب المفلس، وإذا لم يكتف بذلك، وكان الدين

فَإِذَا حُجِرَ تَعَلَّقَ حَقُّ الْغُرَمَاءِ بِمَالِهِ.

لمحجورين، أو لجهة عليه، فينبغي نصب الحاكم من يدعي، ثم يحجر.

فرع: أغرب الدَّارِمِي فقال: لو اجتمع الغرماء على تفليسه من غير الحاكم، فعلى وجهين، ولعل محلهما حيث لا حاكم، وينبغي أن يشترط الإشهاد هنا جزمًا إن جوزنا ذلك، وهو بعيد.

فرع: في كيفية اللفظ الذي يقع به الحجر من القاضي وجهان في «الحاوي».

قال البغداديون: يقول: وقفت مالك، ومنعتك من التصرف فيه.

وقال البصريون: يقول: حجرت عليه بالفلس؛ لأن الحجر يتنوع والمنع من التصرف، ووقف المال من أحكام الحجر، فلا يقع به الحجر.

وقضية كلام الجمهور أنه مخير بين هذه الصيغ وغيرها.

ويستحب للقاضي أن يشهد على الحجر، وأن يظهر ذلك في البلد فيفشيه في الناس.

قال الْعِمْرَانِي: فيأمر مناديًا ينادي في البلد: ألا إن الحاكم قد حجر على فلان بن فلان.

وقيل: يجب الإشهاد، ونقل الْمَاوَرْدِي استحبابه عن البغدادين.

وعن البصريين: إن من شرط ثبوت الحجر الإشهاد، ولفظ نصه في الْبُوَيْطِي، وينبغي للقاضي أن يشهد أنه قد أوقف ماله، فإن لم يشهد القاضي فهو على أصل الإطلاق أبدًا حتى يشهد القاضي على وقفه، انتهى.

وكنت أود لو قيل: إن التمس الغرماء الإشهاد لزمه وإلا استحب له.

قال: (**فَإِذَا حُجِرَ تَعَلَّقَ حَقُّ الْغُرَمَاءِ بِمَالِهِ**) أي: عينًا أو دينًا ومنفعةً لتحصيل الغرض المقصود من الحجر، وقضية كلام المصنف والجمهور أنه لا يتعلق بماله قبل الحجر، وإن كان بعد رفعه إلى القاضي وطلب الحقوق منه حينئذٍ ينفذ تصرفه ما لم يصرح الحاكم بالحجر.

....

ورأيت في «الأم» في كتاب الحرية: أنه إذا أعسر بالحرية فالسلطان غريم من الغرماء.

قال الشَّافِعِي: وإن فلسه لأهل دينه قبل أن يحول عليه الحول ضرب مع الغرماء بحصة جزيته؛ لما مضى عليه من الحول، وإن قضاه الجزية دون غرمائه كان له ما لم يستعد عليه غرماؤه، فإذا استعدى عليه بعضهم فليس له أن يأخذ جزيته دونهم؛ لأن عليه حين استعدى عليه أن يقف ماله إذا أقر به أو ثبت ببينة، فإن لم يكن عليه بينة ولم يقر واستعدى عليه كان له أحد جزيته دونهم؛ لأنه لم يثبت عليه حق حين أخذ جزيته. هذا لفظه، وفيه فوائد، وما أفهمه من أنه إذا ثبت الحق بعد الاستعداد بإقرار أو بينة امتنع عليه نصًّا بعض الغرماء بمجرد ذلك، غريب باباه نص الْبُوَيْطِي السابق وكلام الأصحاب، فيجب تأويله.

تنبيه: قيد قوله: **(حق الغرماء)** يشعر بأن حق الزكاة والكفارة لا يتعلق بماله كما صرحا به في كتاب الأيمان بعد ذكرهما الأقوال في اجتماع حق الله تعالى وحق الآدمي، فقالا: إن الأقوال لا تجري في المفلس، بل يقدم حق الآدمي ما دام حيًّا، وجزم ابن أبي هريرة في شرح «المختصر» في الأيمان بحرمانها في حال الحياة، والتردد فيها بعد الموت، انتهى.

وما ذكره في الأيمان ليس بجيد، وقد أوضحت ذلك فيما سبق في الكلام على قول: المصنف، ولو جمع زكاة ودين آدمي في تركة، وخرج القاضي أبو الطيب في مال المحجور بكتابه على الأقوال، وأن ثالثها تقدم السابق، فراجع ما سبق.

فرع: في حجر الفلس قولان. قال شارح: أصحهما على ما دلَّ عليه كلام السابق في «الأم» و«المختصر» و«الْبُوَيْطِي» أنه كحجر المرض، والثاني كحجر السفه، وحكي قول ثالث: أنه كحجر الرهن، وعلى كل قول لا بُدَّ من تقييد هذا التشبيه؛ لما عرف من تصرف السفيه والمريض والمفلس في أموالهم، انتهى.

وقضية ترجيح بطلان تصرفاته في الحال أن يكون الأظهر أنه كحجر السفيه وبه صرح الصيمري في شرح «الكفاية» حيث قال: ويمنعه من البيع والشراء

وَأَشْهَدَ عَلَى حَجْرِهِ لِيُحَذِّرَ.

وَلَوْ بَاعَ أَو وَهَبَ أَو أَعْتَقَ فَفِي قَوْلٍ يُوقِفُ تَصَرُّفَهُ، فَإِنْ فَضَلَ ذَلِكَ عَنِ الدَّيْنِ نَفَذَ وَإِلَّا لَغَا، وَالْأَظْهَرُ بُطْلَانُهُ فَلَوْ بَاعَ مَالَهُ لِغُرَمَائِهِ بِدَيْنِهِمْ بَطَلَ فِي الْأَصَحِّ.

والهبة والإبراء والعتق والكتابة، فإن فعل شيئًا من ذلك فكله باطل؛ لأن الحجر عليه يجري مجرى السفه، وفيها قول آخر: أنه يجري مجرى حجر المرض، انتهى.

قال: (**وَأَشْهَدَ عَلَى حَجْرِهِ لِيُحَذِّرَ**) أي: يحذر الناس معاملته، ولم يبين هل ذلك مستحب أو واجب؟ وقد بيناه فيما سبق.

قال: (**وَلَوْ بَاعَ، أَو وَهَبَ، أَو أَعْتَقَ، فَفِي قَوْلٍ: يُوقِفُ تَصَرُّفَهُ، فَإِنْ فَضَلَ ذَلِكَ عَنْ الدَّيْنِ**) أي: لارتفاع القيمة، أو لإبراء بعض الغرماء، أو إرثه لدينه.

(**نَفَذَ، وَإِلَّا لَغَا**) إلحاقًا له بالمريض.

قال: (**وَالْأَظْهَرُ بُطْلَانُهُ**) أي: في الحال؛ ليعلق حقوقهم به كالمرهون، وإجراء الحجر مجرى حجر السفه، وقول ابن الْقَطَّان في «فروعه»: نص الشَّافِعِي رضي الله عنه على أن عتقه مردود، ويجيء فيه ثلاثة أقاويل، ثالثها: أنه موقوف والتقود مطلقًا شاذ، ولا فرق في جريان القولين بين أن يقيضه الحاكم على الحجر، ولا بين أن يجعل ماله لهم حيث وجدوه، وقيل: هما فيما إذا اقتصر على الحجر فإن جعله لهم حيث وجدوه ولم ينفذ تصرفه قطعًا، ويصح تدبير ووصيته لتعلقهما بالموت. قاله الرَّافِعِي هنا.

وقال في باب التدبير: إنه كإعتاقه، وقضيته جريان الخلاف فيه وترجيح البطلان.

قال مفرعًا على الأظهر: (**فَلَوْ بَاعَ مَالَهُ لِغُرَمَائِهِ بِدَيْنِهِمْ**) أي: جميع دينهم لكل واحد بقدر دينه، ولم يراجع القاضي.

و(**بَطَلَ فِي الْأَصَحِّ**) أي: لاحتمال غريم آخر، فلا يصح من غير مراجعة القاضي، والثاني يصح؛ لأن الحجر لهم، والأصل عدم غيرهم، وبالقياس على بيع الرهن من المرتهن وظهور المصلحة غالبًا، ولا سيما إذا باعهم بعض

وَلَوْ بَاعَ سَلَمًا أَو اشْتَرَى فِي الذِّمَّةِ فَالصَّحِيحُ صِحَّتُهُ وَيَثْبُتُ فِي ذِمَّتِهِ.

وَيَصِحُّ نِكَاحُهُ وَطَلَاقُهُ وَخُلْعُهُ وَاقْتِصَاصُهُ وَإِسْقَاطُهُ، وَلَوْ أَقَرَّ بِعَيْنٍ أَو دَيْنٍ وَجَبَ قَبْلَ الْحَجْرِ فَالْأَظْهَرُ قَبُولُهُ فِي حَقِّ الْغُرَمَاءِ، ....

ماله الخطير بديونهم الخطيرة، والغريم الواحد كالجمع، فلا يبطل ذلك بتوهم ظهور غريم الأصل عدمه، وهذا ما صححه جماعة، وأفتى به الرُّويَانِي، وهو ظاهر نصه في «الأم»، فهو المختار.

فرع: لو باع ماله لأجنبي بإذن الغرماء كلهم لم يصح، وفيه احتمال للإمام أقيم وجهًا، وأيد بقول: الْمَاوَرْدِي أنه إذا وهب بإذنهم يصح كالمكاتب وإن رضي الغرم أن يملكهم الحاكم أعيان أمواله بديونهم فله ذلك إن رآه مصلحةً قال ويصح نكاحه.

(وَلَوْ بَاعَ سَلَمًا، أَو اشْتَرَى فِي الذِّمَّةِ، فَالصَّحِيحُ صِحَّتُهُ، وَيَثْبُتُ فِي ذِمَّتِهِ) وإذ لا ضرر على الغرماء فيه، وبهذا أجاب العراقيون.

قال الإمام: وحكى بعضهم قولًا أنه لا يصح كالسفيه، والحاصل طريقان صرح بهما القاضي الحسين، المذهب أنه يصح قولًا واحدًا، والثانية: على قولين، والمصنف قلد «المحرر» في نقل الخلاف وجهين، والقرض كالشراء في الذمة، ولا يزاحم هؤلاء الغرماء على الصحيح.

قال: **(وَيَصِحُّ نِكَاحُهُ وَطَلَاقُهُ وَخُلْعُهُ)** إذ لا تعلق لذلك بالمال، وينفق على الزوجة من كسبه.

(وَاقْتِصَاصُهُ وَإِسْقَاطُهُ) أي: مطلقًا على المذهب كما سيأتي هناك إن شاء الله تعالى، ويصح استلحاقه النسب ونفيه، وخلع المرأة والأجنبي المفلس على عين فاسد وعلى الذمة فيه الخلاف في السلم ونحوه.

قِال: **(وَلَوْ أَقَرَّ بِعَيْنٍ أَو دَيْنٍ وَجَبَ قَبْلَ الْحجْرِ)** أي: عن معاملة أو إتلاف وغيرهما، **(فَالْأَظْهَرُ قَبُولُهُ فِي حَقِّ الْغُرَمَاءِ)** كالنائب بالبينة، وكإقرار المريض بدين يزاحم به غرماء الصحة، ولضعف التهمة، إذ الضرر في حقه أكثر، والثاني: المنع للإضرار، وبناهما الْمَاوَرْدِي على أنه حجر مرض أو سفه.

وَإِنْ أَسْنَدَ وُجُوبَهُ إِلَى مَا بَعْدَ الْحَجْرِ بِمُعَامَلَةٍ، أَو مُطْلَقًا لَمْ يُقْبَلْ فِي حَقِّهِمْ،

إشارات: قوله: **(وَجَبَ قَبْلَ الْحجْرِ)** بالدين فقط، ولفظة: **(وَجَبَ)** أحسن من قول: (المحرر) و(«**الروضة**»): **(لزم)** لدخول ما وجب ولم يلزم؛ كالثمن في مدة الخيار إذا تأخر لزومه إلى ما بعد الحجر، وسوى بين العين والدين في جريان القولين.

وقال الدَّارِمِي وغيره: إن قلناه: بالدين فكذا بالعين وإلا فوجهان، وكلام الشَّافِعِي دال على أن العين أولى بالفتوى، ألا ترى أنه لا فرق في الإقرار بالعين بين أن يسندها إلى ما قبل الحجر أو بعده بخلاف العين كما سيأتي بيانه.

وقوله: **(في حق الغرماء)** احترز به عن نفسه، فإنه مقبول قطعًا، ويطالب به.

قال ابن الرِّفْعَة: والقياس جريان قولين فيه، وكأنه يشير إلى الأصل الذي ذكره الْمَاوَرْدِي وغيره، وفيه نظر!

فرع: قال في كتاب الكتابة من «الأم»: لو اختلف السيد والغرماء، فقالوا: كاتبته بعد وقف القاضي مالك، فقال: بل قبل ذلك، ولا بينة كان القول قول السيد، وليس في هذا شيء يجريه إلى نفسه، إنما هذا حق أقر به للعبد إذا ادعاه العبد، وكذلك إذا كاتبه فقال السيد والغرماء: كانت الكتابة بعد الوقف، وقال العبد: قبله، فالقول قول العبد مع يمينه، وعليهم البينة، انتهى لفظه.

ونسبه أن يأتي فيه إطلاق في دعوى الصحة والفساد كما سبق.

قال: **(وَإِنْ أَسْنَدَ وُجُوبَهُ إِلَى مَا بَعْدَ الْحجْرِ بِمُعَامَلَةٍ، أَو مُطْلَقًا لَمْ يُقْبَلْ فِي حَقِّهِمْ)** أما في الأولى: فتقصير من عامله، وأما في الثانية قال الرَّافِعِي: فقياس المذهب التنزيل على الأقل وجعله كما لو أسند وجوبه إلى ما بعد الحجر، وهذا ما يفهمه كلام الشَّافِعِي والأصحاب حيث قيدوا قبل الحجر وجعلوه محل القولين، زاد في «الروضة»: وهذا ظاهر إن تعذرت مراجعة المقر، فإن أسكت فينبغي أن يراجع؛ لأنه يقبل إقراره، وهذا صحيح، ويحمل كلام الرَّافِعِي على إذا لم يتفق المراجعة والبيان.

إشارة: عبارة «المحرر»: وإن أسند لزومه إلى ما بعد الحجر، وقال: إنه

وَإِنْ قَالَ عَنْ جِنَايَةٍ قُبِلَ فِي الْأَصَحِّ وَلَهُ أَنْ يَرُدَّ بِالْعَيْبِ مَا كَانَ اشْتَرَاهُ إِنْ كَانَتْ الْغِبْطَةُ فِي الرَّدِّ، ....

غير معاملة، أو أطلق، لم تقبل في حقهم، وهي أحسن، فإن المقصود أنه لم يسنده إلى ما بعد الحجر، بل أطلق، فقوله: **(أطلق)** معطوف على **(أسند)**.

وقول «المنهاج»: **(بمعاملة أو مطلقًا)** توهم أنهما قسمان لما بعد الحجر، وليس كذلك، وفي عطف **(مطلقًا)** على **(أسند)**، فلو يحتاج إلى التقدير ويعتق، وكذلك قوله: **(بمعاملة)** يحتاج إلى ما يتعلق به من حروف الجر، وهو غير ظاهر، ولو قال: ولو أطلق أو أسند وجوبه إلى معاملة بعد الحجر؛ لكان أحسن من العبارتين.

قال: **(وَإِنْ قَالَ: عَنْ جِنَايَةٍ، قُبِلَ فِي الْأَصَحِّ)** عبارة الرَّافِعِي: وإن قال: عن جناية أو إتلاف وطريقان أصحهما أنه كما لو أسند إلى ما قبل الحجر، والثاني كما لو قال: عن معاملة. **قلت**: وبها جزم القاضيان الحسين والماوردي.

وفي إقرار «النهاية» أنه المذهب، وعبر المصنف في «الروضة» عما رجحه بالمذهب، وهو أجود، والخلاف مفرع على الصحيح في أن ضمان الإتلاف والجنايات الحاصلة بعد الحجر إذا ثبتت ببينة أو بتصديق الغرماء يزاحم بها.

فإن قلنا: لا يزاحم بها، وإذا ثبتت بذلك فلا يزاحم بالإقرار، وإن قلنا: بها، فهنا قولان مرتبان على قبول إقرار السفيه المحجور بالإتلاف بإقرار المفلس أولى بالقبول.

قال: **(وَلَهُ أَنْ يَرُدَّ بِالْعَيْبِ مَا كَانَ اشْتَرَاهُ إِنْ كَانَتْ الْغِبْطَةُ فِي الرَّدِّ)** لأنه ليس تصرفًا مبتدأً، بل من أحكام البيع السابق، والحجر لا ينعطف على ماضٍ، ولأنه أحط له وللغرماء.

وقال القاضي الحسين: له الرد على ظاهر المذهب. فأشار إلى خلاف فيه.

وأما إذا كانت الغبطة في إمساكه لم يملك رده، يعضده نصه: أنه لو اشترى شيئًا في صحته، ثم مرض، ثم وجده معيبًا فأمسكه والغبطة في رده، حسب نقص العيب من الثلث.

....

إشارات: كلام المصنف يفهم أنه لو استوى الأمران في الرد وعدمه أنه لا يرد لعدم الفائدة، وفيه وقفة؛ لأن السلعة قد تبقى له مع عيبها.

وقوله: **(مَا كَانَ اشْتَرَاهُ)** قيل: يشعر بأنه لا يرد ما اشتراه في حالة الحجر بثمن في الذمة، وهو ظاهر لتعلق حقهم به، انتهى.

ويرده قوله: **(إِنْ كَانَتْ الْغِبْطَةُ فِي الرَّدِّ)** إلا أن يكون المراد الغبطة للمفلس وحده، وغلط شارح فقال: بعد ما سبق من كلام المصنف قال: وله إمساكه وليس للغرماء إجباره على رده؛ لأنه لا يلزمه أن يتملك لأجلهم مالًا، انتهى.

ولم يصرح «المحرر» ولا «المنهاج» بذلك وإن أفهمه كلامهما، وظاهر كلام الأئمة أنه لا يجب عليه الرد الذي في الغبطة.

قال ابن يونس في شرحيه لـ«الوجيز» و«التعجيز»: وينبغي أن يجب الرد، ولا يجوز له الإمضاء لما فيه من الإضرار بالغرماء باحتمال عيبه وإسقاط مستحق، يؤيده أن الأئمة يسموه في هذا مولى الطفل، وهو يجب عليه الرد، فلو لم يرد فللغرماء الرد، أي: يردون بالحاكم، لا استقلالًا، وما ذكره حسن يؤيده النص السابق، ولأن الرد استيفاء لما وجب على الثاني في مقابلة العيب، وهو جزء ومن الثمن.

وقول الدَّارِمِي: إذا وجب له رد معيب أو أرش لم يجبر على أخذه لهم، فهو في الأرش شاذ، والرد بالعيب فيه ما ذكر فيه.

فرع: لو وجد المفلس عين ماله عند مفلس، وطلب الغرماء أخذها فأبى المفلس، لم يجبر عليه في «الأم» ويتحمل أن يقال: إذا سلكنا لحجره مسلك حجر السفه أن الحاكم يسترجعها بالمصلحة، ولو باع بشرط الخيار ثم أفلس؛ فالأصح المنصوص أن له الفسخ والإجارة بالغبطة ودونها، ووراءه أربعة أوجه، فعلى المذهب قال الرَّافِعِي في «شرحه الصغير»: يجيء عليه ألا يتقيد الرد بالعيب بشرط الغبطة أيضًا، وليس كما قال: والفرق أن الرد بالعيب استدراك عيبه واستيفاء لما وجب له في مقابلة العيب، وهو جزء من الثمن، والفسخ في خيار

وَالْأَصَحُّ تَعَدِّي الْحَجْرَ إِلَى مَا حَدَثَ بَعْدَهُ بِالِاصْطِيَادِ وَالْوَصِيَّةِ وَالشِّرَاءِ إِنْ صَحَّحْنَاهُ، وَأَنَّهُ لَيْسَ لِبَائِعِهِ أَنْ يَفْسَخَ، وَيَتَعَلَّقَ بِعَيْنِ مَتَاعِهِ إِنْ عَلِمَ الْحَالَ، وَإِنْ جَهِلَ فَلَهُ ذَلِكَ، ....

المجلس، والشرط المحض: التَّشَهِّي، فلا يلزم من ذلك ما ذكره لظهور الفرق.

قال: (**وَالْأَصَحُّ تَعَدِّي الْحجْرَ إِلَى مَا حَدَثَ بَعْدَهُ بِالِاصْطِيَادِ وَالْوَصِيَّةِ وَالشِّرَاءِ إِنْ صَحَّحْنَاهُ**)؛ لأن مقصود الحجر وصول الحقوق إلى أهلها، وذلك لا يختص بالموجود، هذا ما دل عليه نص الشَّافِعِي، وقطع به الجمهور كما صرح به الشَّافِعِي في الميراث وأرش الجناية، ومقابل الأصح وجه ضعيف أبداه القاضي الحسين احتمالًا ورواه ابن كج والإمام واختاره الغزالي، وإلحاقه بعدم تعدي الرهن ضعيف، على أن القاضي إنما أبدى احتماله فيما ملكه بالشراء؛ لأن الحجر أثر فيما يتشبه من التصرفات.

وقال: إنه لو اكتسب مالًا باحتطاب أو إرث أو هبة أو وصية دخل في الحجر بلا خلاف، فحصل ثلاثة أوجه: المذهب الأول، وكان ينبغي التعبير به لا بالأصح.

قال: (**وَإِنَّهُ لَيْسَ لِبَائِعِهِ أَنْ يَفْسَخَ، وَيَتَعَلَّقَ بِعَيْنِ مَتَاعِهِ إِنْ عَلِمَ الْحالَ**) أي: لدخوله في الأمر على تصيره، (**وَإِنْ جَهِلَ فَلَهُ ذَلِكَ**) إذ الإفلاس عيب فيثبت له الخيار حالة الجهل دون العلم، وقيل: له التعلق به مطلقًا لتعذر الثمن، وقيل: لا مطلقًا لتقصيره، ولو قيل: إن علم بالحجر دون ثمراته فكالجاهل به؛ لأنه مما يخفى على أكثر الناس، لكان متجهًا.

تنبيه: عبارة المصنف صريحة في الخلاف إن علم لا أن جهل، فلو قال: وإن لبائعه التعلق بعين ماله إن جهل الحال، لا إن علم؛ لكان أحصر وأدل وإن زيد في لفظه، وأنه إن جهل فكذلك فله ذلك حصل الغرض والتنبيه على ثلاثة أوجه، ولعله رأى الجزم بالخيار عند جهله كما قطع به جماعة، وكان محل هذه المسألة عقب قوله: (**فالصحيح صحته، ويثبت في ذمته**) وإنما أخرها ليستوعب تصرفات المفلس على ما سبق.

وَأَنَّهُ إِذَا لَمْ يُمْكِنْ التَّعَلُّقُ بِهَا لَا يُزَاحِمُ الْغُرَمَاءَ بِالثَّمَنِ.

فَصْلٌ: يُبَادِرُ الْقَاضِي بَعْدَ الْحَجْرِ بِبَيْعِ مَالِهِ وَقَسْمِهِ بَيْنَ الْغُرَمَاءِ، ....

قال: **(وَأَنَّهُ إِذَا لَمْ يكِنْ التَّعَلُّقُ بِهَا لَا يُزَاحِمُ الْغُرَمَاءَ بِالثَّمَنِ)** لأنه مفرط أو مقصر، فإن فضل شيء أخذه، وإلا انتظر اليسار، وقيل: يزاحمهم كأحدهم، وقيل: يزاحمهم في ثمن سلعتهم فقط، وقيل: يقدم بثمنها.

تنبيهات: قيل: عبارة «المحرر»: **(وإنه إذا لم يكن له)** فحذف المصنف **(له)** اختصارًا، والتبس على غيره، فكنت أود إذا لم يمكن.

قلت: وهو الموجود في النسخ المعتمدة، ومعناه صحيح، ولعله نسخة المصنف بخطه **(يكن)** وغيرها ابن جعران تلميذه أو غيره.

(يمكن) لأنها أجود من **(يكن)** بمفردها.

الخلاف جارٍ في كل دين تجدد بعد الحجر موصى حاجته بعقد معاوضة، فإن لم يكن بمعاوضة كصداق وضمان فلا مزاحمة، وإن لزمه بغير عقد ولا مراضاة كأرش وبدل متلف زاحم على المذهب، وما تجدد لمصلحة المال كأجرة دلال وكيال ونحوهما، فيقدم على الغرماء كما سيأتي .

قال: **(فَصْلٌ: يُبَادِرُ الْقَاضِي بَعْدَ الْحجْرِ بِبَيْعِ مَالِهِ وَقَسْمِهِ بَيْنَ الْغُرَمَاءِ)** أي: يستحب له المبادرة ولا يفرط فيها؛ لئلا يباع بثمن بخس، كذا قاله: في «البسيط»، وجرى عليه الرَّافِعِي وغيره، وعبارة بعضهم: وعلى الحاكم أن يبادر ببيع ماله، ونحوها في «الوجيز»، ولعلهم أرادوا عدم الإهمال، أو التأخير المضر، لا الفورية مطلقًا، ولا شك في وجوب المبادرة إلى بيع ما يفسده التأخير، وأما غيره فيستحب كما وصفنا.

قالوا: يتأنى بالعقار ثلاثة أيام، ولا ينادي عليه؛ لأن النداء يخلفه ويوكسه، بل يعضده الدلال على ذوي الرغبات، وينبغي اعتماد العرف في ذلك، وقد يختلف الحال بحيث يقاسمه العقار، وحسنه، وحسن قول الدَّارِمِي: ويتأنى بالعقار حتى يبلغ ثمن مثله.

قال شارح قول «الوسيط»: **(وعلى القاضي)** يشعر بأن المبادرة واجبة،

....

وهو الأولى لحق الغرماء، ولا يختص بالمحجور عليه، بل غيره من المديونين إذا امتنع من قضاء الدين كذلك، انتهى.

والمنقول الاستحباب، وبه صرح «البسيط» وغيره، وليس في المسألة خلاف فيما نعلم، وما أيدناه ظاهر أو متعين، وقد يجب المبادرة إذا خيف من نهب أو استيلاء ظالم لا يمكن انتزاع المال منه، والله أعلم.

فرع: قال ابن الرِّفْعَة: إذا رأى الحاكم بيع المال فلا يتولاه أي: بنفسه ولا مأذونه إلا أن يثبت عنده أن ذلك ملكه؛ لأنه ربما يكون لغيره بالبينة، صرح به الْمَاوَرْدِي هنا، والقاضي الحسين في الأقضية، وإن أقر المدين أنه ملكه؛ لأنه ربما يكون لغيره وبيع القاضي حكم بأنه له، كلام الإمام في مسألة الظفر يدل عليه. وفي «إشراف» الهروي: أن القاضي يبيع الرهن بعد ثبوت الدين، وصحة الرهن، وملك الراهن، أو يده يوم الإقباض. هكذا ذكره العبادي، وهو في كتب أصحابنا بالعراق، إلا أنه قول: أبي حنيفة، وعندنا اليد لا يدل على الملك، بل يشترط مع اليد: قرينة التصرف، وامتداد المدة، وعدم المنازع، ويشترط في بيع التركة: ثبوت الدين، والملك، والموت، والشهادة على أنه ملك الميت إلى أن مات أو في يده، وتصرفه تصرف الملاك، انتهى.

وأسلفنا ما ذكره أحرى عن إيراد سريح الرُّويَانِي، لكن كثير من أصحاب الحوانيت يعسر، بل يتعذر إقامة البينة على ملكيتهم ما بأيديهم من العروض ولا سيما المطعومات والأواني ونحوها، فإذا لم يكتف باليد أسند على القاضي البيع، فلا يبقى فيه إلا إجبار المفلس على البيع بنفسه، أو بوكيله، وقد يموت مفلسًا وورثته أطفال ونحوهم؛ فيفسد الباب، ثم رأيت من قال: وقد فصحت عن هذه المسألة يعني: من أصلها، وتحصلت فيها على وجهين، أصحهما: أنه يكتفي باليد، وهو قول: أبي عاصم العبادي، والثاني: أنه لا بد من ثبوت الملك، وهو أحد قولي: الْمَاوَرْدِي، انتهى.

وفي «فتاوى ابن الصلاح» ما يوافق هذا الترجيح، والإجماع الفعلي عليه، وقد بسطت القول في هذا في الأقضية من «الغنية»، وبينته أكمل بيان.

وَيُقَدِّمُ مَا يَخَافُ فَسَادَهُ، ثُمَّ الْحَيَوَانَ ثُمَّ الْمَنْقُولَ ثُمَّ الْعَقَارَ:

قال: (**وَيُقَدِّمُ مَا يَخَافُ فَسَادَهُ**) أي: كالفواكه والرياحين والبقول ونحوها، (**ثُمَّ الْحيَوَانَ**)؛ لأنه معرض للتلف، وله مؤنة.

(**ثُمَّ الْمنْقُولَ**) خوف ضياعه.

(**ثُمَّ الْعَقَارَ**) للأمن من هلاكه وسرقته.

واعلم أنه قال في «أصل الروضة»: ويقدم بيع المرهون والجاني وما يتعلق حق عامل القراض، ويبيع أولًا ما يخاف فساده، ثم الحيوان، ثم سائر المنقولات، وسلع كل شيء في سوقه.

قال: قلت: بيع كل شيء في سوقه مستحب، ويقدم بيع المرهون والجاني إذا لم يخف تلف ما يسرع فساده فإن خيف قدم بيعه، انتهى.

وسياقه يفهم أن الترتيب المذكور واجب، وفي عباراتهم نوع اختلاف، ففي «**التتمة**»: أن المرهون يباع أولًا، ثم ما يسرع فساده، وفي «النهاية»: أنه يبدأ بالحيوان، ثم ما يسرع فساده، وعبارة «البسيط»: بالحيوان وما يسرع فساده، وذكر الْمَاوَرْدِي والمحاملي وغيرهما في موضع: أن أول ما يبدأ بالمرهون، ثم الجاني، وسكتوا عما يليهما، ثم قالوا: في موضع: أول ما يباع ما يسرع فساده، وبين القاضي أبو الطيب ذلك، فقال: ذكرنا أنه يبدأ ببيع الرهن والجاني، ثم الحيوان، وتبعه المصنف في مسودة شرح «المهذب»، وحمل كلام «المهذب» وغيره عليه.

والملخص: أنه يبدأ بما يسرع فساده، ثم ما يخشى فساده، وقيل: يجب تقديم بيع المرهون والجاني عليه بالمرهون والجاني، ومال القراض، ثم بالحيوان، ثم بالثياب ونحوها، والخزف، ثم بالنحاس ونحوه، ثم بالعقار، ثم بالأرضين.

والظاهر أن الترتيب في غير ما يسرع فساده أو يخشى وغير الحيوان مستحب لا واجب، وقد تقتضي المصلحة تقديم بيع العقار والأرضين إذا خيف من تأخير بيعها من متغلب أو ظالم، فالأحسن تفويض ذلك إلى اجتهاد

وَلْيَبِعْ بِحَضْرَةِ الْمُفْلِسِ وَغُرَمَائِهِ كُلَّ شَيْءٍ فِي سُوقِهِ بِثَمَنِ مِثْلِهِ حَالًّا مِنْ نَقْدِ الْبَلَدِ.

القاضي العالم، وعليه يدل الوسع فيما يراه أصلح، وإطلاقهم محمول على الغالب، فلا يخالف ما ذكرناه.

وممن ذكر الثياب بعد الحيوان الْمَاوَرْدِي، ثم النحاس، ثم العقار، ثم الأراضي؛ لأن العقار قد ينهدم أو يحترق.

(العَقار) بفتح العين، وقيل: بضمها. قيل: وهو المنزل، وقال الأصمعي: هو المنزل، والأرض والضياع، وهذا مراد الفقهاء.

قال: **(وَلْيَبِعْ بِحَضْرَةِ الْمفْلِسِ)** قال الشَّافِعِي: أو وكيله لستة معانٍ، وليتولى العقد من غير إجبار، فإنه يرغب المشتري، ولأنه أعرف بثمن ماله، فلا يلحقه غبن، وليخبر بمن كان يرغب فيه وما تروج به، وليخبر بعيبه فلا يرد، وليعلم ما حصل من ثمنه وبقي من دينه، وهذا جارٍ في بيع الرهن ومال الممتنع من قضاء الدين.

وإذا باع بنفسه أو بوكيله بإذن الحاكم لا يحتاج إلى بينة بأنه ملكه، بخلاف بيع الحاكم على ما قدمناه بما فيه.

قال: **(وَغُرَمَائِهِ)** لأنه ربما رغب بعضهم فاشترى بثمن موفورًا، وعرف عين ماله فأخذه ولا يباع .

قال: **(كُلَّ شَيْءٍ فِي سُوقِهِ)** أي: في حال قيام ذلك السوق وحال النداء فيمن يريد، إلا العقار فلا ينادى عليه. نص عليه الشَّافِعِي والأصحاب.

قال الْمُتَوَلِّي: وإذا رأى الحاكم النداء عليه في البلد فعل، وإن رأى أن الأصلح ترك النداء وتفويض ذلك إلى من يتعاطى بيع العقار فعل، وهذا صحيح، ولا نزاع أن حضور المفلس والغرماء البيع من المستحبات، نعم إذا قلنا: لا بد من البينة على الملك ولم يوجد، فقد يتعين أمر المفلس بالبيع بنفسه؛ لئلا تتعطل القضية، وكذا بيع كل شيء في سوقه مستحب أيضًا إذا لم يتعلق بالسوق عرض معتبر للمفلس والغرماء، نعم لو كان لحمل المتاع مؤنة كبيرة دعا الحاكم الناس إلى موضعه، ونودي عليه هناك.

قال: **(بِثَمَنِ مِثْلِهِ حَالا مِنْ نَقْدِ الْبَلَدِ)** هذه الأمور الثلاثة واجبة لا بدَّ منها،

ثُمَّ إنْ كَانَ الدَّيْنُ غَيْرَ جِنْسِ النَّقْدِ وَلَمْ يَرْضَ الْغَرِيمُ إلَّا بِجِنْسِ حَقِّهِ اشْتَرَى، وَإِنْ رَضِيَ جَازَ صَرْفُ النَّقْدِ إلَيْهِ إلَّا فِي السَّلَمِ، وَلَا يُسَلِّمُ مَبِيعًا قَبْلَ قَبْضِ ثَمَنِهِ.

صرح به «المحرر» وغيره، ووجهه ظاهر، واستدراك الْمُتَوَلِّي بأنه لو رضي الغرماء والمفلس بالبيع نفسه، أو بغير نقد البلد جاز، وتوقف متوقف فيه؛ لاحتمال غريم آخر، ولو رأى الحاكم المصلحة البيع بمثل حقوق الغرماء جاز. صرح به الأئمة.

تنبيه: عبارة الكتاب موهمة بأن جميع ما ذكره وقد بيناه، ولا يخفى ألا يمكن تأخيره مما يسرع فساده كالمرق ونحوها للطباخين والرياحين والبقول المقطوعة إذا لم تجد من يشتريها بثمن مثلها عادة أنها تباع بما أمكن؛ لئلا يتلف جملةً ورأسًا.

وقال الرُّويَانِي في «التجربة»: لو باع ماله بثمن مثله، ثم جاء من يزيد في المجلس، وجب قبولها وفسخ البيع، فإن لم يقبل فسخ الحاكم عليه البيع. نص عليه يعني: الإمام الشَّافِعِي رضي الله عنه.

قال: **(ثُمَّ إنْ كَانَ الدَّيْنُ غَيْرَ جِنْسِ النَّقْدِ وَلَمْ يَرْضَ الْغَرِيمُ إلَّا بِجِنْسِ حَقِّهِ اشْتَرَى)**؛ لأنه واجبة **(وَإِنْ رَضِيَ جَازَ صَرْفُ النَّقْدِ إلَيْهِ إلَّا فِي السَّلَمِ)** لأنه اعتياض، وهو ممنوع عن السلم. ولو قال المصنف - رحمه الله -: **(جاز حيث يجوز الاعتياض)** كان أولى؛ ليشمل ما لو حجر على المكاتب فليس للسيد الاعتياض عن النجوم على الأصح، وكذا لا يجوز عن المنفعة في إجازة الذمة على الأصح؛ لأن الأصح فيه يغلب المعنى، وهو السلم، وألحق بذلك ما لا يعتاض عنه، ولا خفاء أن التصرف على غيره إنما يعتاض بالنقل حتى تكون الغبطة، فله للمولى عليه، وقد يجب عليه أخذ العوض إذا كانت الغبطة فيه، كما يحرم أخذه إذا كان الأمر بالضد.

قال: **(وَلَا يُسَلِّمُ مَبِيعًا قَبْلَ قَبْضِ ثَمَنِهِ)**؛ لأنه مناقض للغبطة والاحتياط.

قال ابن الرِّفْعَة: ويجبر المشتري عليه على النص، ونقل الشيخان النص هنا.

ثم قالا: قال أبو إسحاق: هو تفريع على قولنا: يبدأ بالمشتري عند

وَمَا قَبَضَهُ قَسَمَهُ بَيْنَ الْغُرَمَاءِ إِلَّا أَنْ يَعْسُرَ لِقِلَّتِهِ فَيُؤَخِّرُهُ لِيَجْتَمِعَ، ....

التنازع، ويجيء القول: بإجبارهما معًا، وقال ابن الْقَطَّان: يجب البداءة بتسليم الثمن بلا خلاف، فلو خالف وسلم قبل قبض الثمن ضمن، انتهى.

وقال ابن يونس: في شرح «الوجيز» إثر قوله: **(وَلَا يُسَلِّمُ مَبِيعًا قَبْلَ قَبْضِ الثَّمَنِ)**: ولا يلزم من هذا أن يقبض الثمن أولًا؛ لأن التسليم قبل قبض الثمن يدفع بأحد أمرين: أن يقبض الثمن أولًا، وأن يجبرا معًا، وكلٌّ جائزٌ، وهما قولان سبقا، ثم حكا طريقين آخرين، والحاصل من كلام الأصحاب طرق: أحدها: القطع بالبداءة بالمشتري، والثانية: قولان هذا وإجبارهما، والثالثة: قولان: البداءة بالبائع وإجبارهما. والرابعة: ثلاثة أقوال: بالبائع، بالمشتري، إجبارهما، وكلام العراقيين يقتضي ترجيح إجبارهما، وهو الأعدل، ويتعين القول به إذا كان المشتري نائبًا لغيره كوكيل وولي ونحوهما، والبائع الحاكم، أو منصوبه، ولا يجيء هاهنا قول: الإعراض عنهما؛ للضرر بالغرماء، ويطرد هذا في كل وكيل، وفي عدل بقيمة القاضي في مال المفلس والراهن، نعم لو تولى الحاكم البيع بنفسه، فيحتمل أنه مثل بيع المفلس ووكيله، ويحتمل أن يقال: إن المبيع في يده، فهو كما لو أحضره البائع إليه، فيجبر فيستمر المشتري لا محالة، وهذا أقرب فيستمر في هذه الصورة القول بالمشتري.

إشارة: ينبغي أن يكون موضع ما ذكر أنه لا يسلم مبيعًا قبل قبض ثمنه، ما إذا كان المشتري أجنبيًّا، أما لو كان غريمًا، ويعلم أنه يحصل له بالمخاصصة عند القسمة مثل الثمن الذي في ذمته وأكثر؛ فالأحوط بقاء الثمن في ذمته لأخذه منه وتعديله، وسيأتي ما يؤكد هذا مع ظهوره. وإذا سلم مبيعًا قبل قبض ثمنه وضمناه، فماذا يضمن؟ وجهان: أحدهما: الثمن، وأصحهما عندهما: قيمة المبيع، وقال الإمام: أقل الأمرين.

قال: **(وَمَا قَبَضَهُ قَسَّمَهُ بَيْنَ الْغُرَمَاءِ)** أي: أولًا فأولًا ندبًا.

(إِلَّا أَنْ يَعْسُرَ لِقِلته فَيُؤَخِّرُهُ لِيَجْتَمِعَ) رفعًا للمشقة، فإن أبى الغرماء التأخير فقد أطلق الإمام أنه يجيبهم.

وَلَا يُكَلَّفُونَ بَيِّنَةً بِأَنْ لَا غَرِيمَ غَيْرُهُمْ.

قال الرَّافِعِي: والظاهر خلافه، وما أطلقه الإمام هو ما نقل عن إيراد القاضي أبي الطيب والمحاملي.

وقال الْمَاوَرْدِي: لا يجابون، ويحتمل أن يتوسط، ويقال: إن قل الغرماء وسهل التسليم إليهم أولًا فأولًا أجيبوا، كما لو كان الغريم واحدًا، فالوجه أنه كلما أبيع شيء سلم ثمنه إليه، وكذا لو كثر الغرماء ودعت ضروراتهم إلى القبض أولًا فأولًا، وكان يخاف على الثمن لو عدل حتى يجتمع من نهب أو غارة أو ظالم، فالوجه المسارعة إلى القسم عند المكنة، وفي حكم ما لو كان الغريم واحدًا، أما إذا كان الغريم الطالب رهن أو أرش نص عليه.

وإذا تأخرت القسمة فوجد أمينًا موسرًا يقرضه إياه، فعل، فإن لم يجده أودعه عند أمين، ولا يتركه بيده للبدلة وخوف التهمة، ولك أن تقول: إذا اقتضى الحال تأخير القسمة، وأنه يقرض ما يأخذه، فإن تعذر إقراضه عدله فينبغي أنه إذا كان المشتري ممن يجوز إقراضه منه أن يترك في ذمته إلى القسمة، إذ لا معنى لقبضه منه ثم السعي في إقراضه، وقد لا يجد مقرضًا أهلًا، والتعديل غرر يمكن اجتنابه بما ذكرناه.

قال: **(وَلَا يُكَلَّفُونَ بَيِّنَةً إِذْ لَا غَرِيمَ غَيْرُهُمْ)** لأن الحجر يشتهر، فلو كان غريم لظهر. هذا هو المنقول، ونقله الإمام عن صاحب «التقريب»، ثم قال: لا فرق عندنا بين القسمة على الغرماء والقسمة على الورثة، فإذا قلنا: في القسمة على الورثة: لا بد من إقامة الشهادة على ألّا وارث غيرهم لذلك في القسمة على الغرماء، ومراده أن يقول: البينة لا نعلم غريمًا سواهم؛ لأن الشهادة على النفي هكذا لا تسمع.

قال الرَّافِعِي: ولفارق أن يفرق بين البابين بأن الورثة على كل حال أضبط من الغرماء، وهذه شهادة على نفي تغيير مدركها، فلا يلزم من اعتبارهما بأن الوارث لا يستحق أخذ جميع التركة إلا عند عدم غيره، والغريم يستحق أخذ جميع ديته إلا عند وجود غيره، ومن ثم كان لو عفا وارث عن حصته ثَمَّ يأخذها الورثة، ولو عفا غريم عن حصته أخذها باقي الغرماء.

فَلَوْ قَسَمَ فَظَهَرَ غَرِيمٌ شَارَكَ بِالْحِصَّةِ، وَقِيلَ: تُنْقَضُ الْقِسْمَةُ، ....

كذا عبَّر عنه بعضهم، وفرق المصنف في زيادة «الروضة» فإن الغريمين تبايعا استحقاقه لما يحصيه، ثم شككنا في مزاحم، ثم لو قدر مزاحم لم يخرج هذا عن كونه يستحق هذا القدر في الذمة، وليست مزاحمة الغريم متحتمة، فإنه لو أبرأ أو أعرض سلمنا الجميع إلى الآخر، والوارث يخالفه في جميع ذلك، انتهى.

ولم يرتض في «البسيط» كلام إمامه، فقال: لا يكلفهم القاضي ذلك، بل إذا ظهر الحجر واشتهر لو كان غريم لظهر، فكفى عليه الظن، وكذلك القول في الورثة: لا يلزمهم إقامة بينة على ألا وارث سواهم، وفي التركة كلام يأتي في الدعاوى، انتهى.

قال: (**فَلَوْ قَسَمَ فَظَهَرَ غَرِيمٌ شَارَكَ بِالْحِصَّةِ وَقِيلَ: تُنْقَضُ الْقِسْمَةُ**) أي: على الصحيح المنصوص؛ لحصول المقصود بذلك، كما لو اقتسمت الورثة، ثم ظهر وارث آخر، فتنقض على الأصح، وفرق بأنه يستحق عين المال بخلاف الغريم، فعلى الصحيح لو قسم ماله وهو خمسة عشر على غريمين، لأحدهما عشرون، وللآخر عشرة، أخذ الأول عشرة، والثاني خمسة، ثم ظهر ثالث بثلاثين استرد من كل واحد نصف ما أخذ، ولو كان لكل واحد من الأولين عشرة فاقتسما بالسوية، ثم ظهر ثالث بعشرة، رجع على كل منهما بثلث ما أخذ. فإن أتلف أحدهما ما أخذه وكان معسرًا فوجهان، أصحهما: أن الثالث يأخذ شطر ما أخذ، ثم إذا أيسر المتلف أخذ منه ثلث ما أخذه دينًا له عليه، ولو أن الثالث ظهر وقد ظهر للمفلس مال قديم أو حادث بعد الحجر، صرف إليه منه قسط ما أخذ الأولون، فإن فضل شيء قسم على الثلاث.

قال الرَّافِعِي: هذا كله إذا كان الغريم الذي ظهر قديمًا، فإن كان حادثًا بعد الحجر، فلا يشارك الأولين في المال القديم، انتهى.

وليس هذا على إطلاقه، فإن الدين الحادث بعد الحجر أن يقدم سببه على الحجر، كما لو أجر دارًا وقبض أجرتها، ثم أفلس وحجر عليه، ثم انهدمت، فإن كان قبل القسمة رجع المستأجر بما بقي وضارب به الغرماء، وإن كان بعد

....

القسمة فوجهان، أصحهما في كلام الرَّافِعِي وغيره: أن الحكم كذلك؛ لتقدم سببه، وإن حدث الدين بجناية وإتلاف، فالأصح أنه يضارب به الغرماء.

قال شارح: أطلق الأصحاب هذا، والظاهر أن محله قبل القسمة، وأن حدوثه بعدها لا يقدح فيها قطعًا، انتهى.

وهذا واضح، ولا شك فيه إن قلنا: الحجر ينفك بنفس القسمة، وإن قلنا: لا بُدَّ بعدها من فك القاضي، فهو موضع تأمل، وأما الدين الحادث بمعاملة، أو شراء، أو قرض، فالأصح أنه لا يضارب به قطعًا قبل القسمة، ولا بعدها.

إذا عرفت هذا فاجعل قول المصنف: **(ظهر)** احترازًا مما حدث بعد القسم، فإنه لا يضارب إلا في مسألة الإجارة على الصحيح، فترد على مفهوم كلامه، ويُعتذر عنها بأن المحترز عنه لا عموم له.

فرع: قال الرَّافِعِي إثر كلامه السابق: وقوله: فلا يشارك الأولين في المال القديم، وإن ظهر مال قديم، وحدث باحتطاب وغيره، فالقديم للقدماء خاصة، والحادث للكل.

قال ابن الرِّفْعَة: هذا إذا لم يتعلق بالحادث الحجر، أما بأن يقول: لا يتعدى الحجر إليه، أو يكون حدوثه بعد إزالة الحجر كما نص «الأم» و«المختصر» منطبق، أما إذا عدينا الحجر ولم يفك الحجر حتى حدث، فهو لمن تقدم خاصة، وكيف وهو وغيره حكوا الخلاف في مضاربة البائع من المفلس غرماؤه المتقدمين، انتهى.

قيل: أما تفريع كلام الرَّافِعِي على أن الحجر لا يتعدى، أو قرضه فيما بعد زوال الحجر تصحيح متعين، وقد فرض الْمَاوَرْدِي المسألة فيما بعد فك الحجر، وزاد الرُّويَانِي في فرضها أن يكون قد أُعيد الحجر، وهو حسن؛ لأنه إذا لم يعد الحجر كان للمدين صرفه إلى من شاء، وليس في نص الشَّافِعِي تعرض لظهور المال القديم، وإنما ذكر الْمَاوَرْدِي الحادث.

وَلَوْ خَرَجَ شَيْءٌ بَاعَهُ قَبْلَ الْحَجْرِ مُسْتَحَقًّا وَالثَّمَنُ تَالِفٌ فَكَدَيْنٍ ظَهَرَ.

وَإِنْ أُسْتُحِقَّ شَيْءٌ بَاعَهُ الْحَاكِمُ قُدِّمَ الْمُشْتَرِي بِالثَّمَنِ، وَفِي قَوْلٍ يُحَاصُّ الْغُرَمَاءُ.وَيُنْفِقُ عَلَى مَنْ عَلَيْهِ نَفَقَتُهُ ....

وعبارة الْمَاوَرْدِي: وإذا قسم الحاكم مال المفلس، ثم وجد له بعد فك الحجر مالًا أخفاه، فجميع تصرفه فيه بعد فك الحجر باطل؛ لأن الحجر لم ينفك عن هذا المال، ثم يستأنف الحاكم قسمته بين الغرماء فيما بقي من حقوقهم، ولا يتعرض لنقض القسمة الأولى، فلو ظهر مال متقدم، واستفاد مالًا حادثًا، وظهر غريم غائب، وحدث غريم، فالمال المقدم بين الأولين والغائب، ثم يستأنف الحاكم قسمة المال استحدث بعد فك الحجر عنه بين جميع الغرماء المتقدمين والمستحدثين، انتهى، وفيه فوائد.

والرافعي - رَحِمَهُ اللهُ تعالى - أطلق كلامه في صدر الفرع مع تصحيحه بأن الحجر يتعدى، وعدم انفكاكه بالقسمة حتى يفكه القاضي، فيتعين كلامه أول الفرع على ما إذا كان قد فك الحجر عنه كما فرضه الْمَاوَرْدِي.

قال: (**وَلَوْ خَرَجَ شَيْءٌ بَاعَهُ قَبْلَ الْحجْرِ مُسْتَحَقًّا وَالثَّمَنُ تَالِفٌ**) أي: سواء تلف قبل الحجر أو بعده (**فَكَدَيْنٍ ظَهَرَ**) أي: وحكمه ما تقدم؛ لثبوته قبل الحجر، واحترز بقوله: (**تالف**) عما لو كان باقيًا، فإنه يسترد بشرطه.

قال: (**وَإِنْ أُسْتُحِقَّ شَيْءٌ بَاعَهُ الْحاكِمُ قُدِّمَ الْمشْتَرِي بِالثَّمَنِ**)؛ لئلا يرغب الناس عن شراء مال المفلس، فكان التقديم من مصالح الحجر كأجرة الكيل والوزن، وقضية هذا التوجه أنه لا فرق بين أن يبيعه الحاكم بنفسه أو بمأذونه، سواء المفلس وغيره.

قال: (**وَفِي قَوْلٍ: يُحَاصُّ الْغُرَمَاءُ**)؛ لأنه دين في ذمة المفلس، واختاره صاحب «التقريب»، وضعفه الإمام، ومنهم من قطع بالأول، ومنهم من ترك النصين على حالين، فقال: إن كان قبل قسمة المال بين الغرماء قدم به أو بعدها، واستئناف حجر بنسبة يجدد مال حادث ضارب به الغرماء.

قال: (**وَيُنْفِقُ عَلَى مَنْ عَلَيْهِ نَفَقَتُهُ**) أي: من زوجات وقريب وأم ولد.

حَتَّى يَقْسِمَ مَالَهُ إِلَّا أَنْ يَسْتَغْنِيَ بِكَسْبٍ، ....

قال الْجُرْجَانِي: وخادم يومًا فيومًا، كما قاله في «البيان».

(**حَتَّى يَقْسِمَ مَالَهُ**)؛ لأنه موسرًا ما لم يزل ملكه عنه.

قال: (**إِلَّا أَنْ يَسْتَغْنِيَ بِكَسْبٍ**) أي: يليق به، أي: يكفيه ويكفيهم، فإن عجز كسبه عنهم عمم من ماله، ولا يعذر بالتكاسل عن الكسب عند إمكانه، ولا شك أنه لو رضي لنفسه بما لا يليق به وهو مباح لم يمنعه منه، وكفاه مؤنته.

تنبيهات: منها: مراد المصنف بالنفقة ما يجب للمنفق عليه، ولو عبر بالمؤن لكان أوضح في إرادة النفقة، والكسوة، والإسكان، والإخدام، وتكفين الميت منهم قبل القسمة، وغيرها من المؤن.

ومنها: إنما تجب نفقة زوجة كانت في عصمته قبل الحجر.

مطلب: أما لو نكح بعده فلا ينفق عليها من المال. صرح به الْمُتَوَلِّي والرافعي في كتاب «النكاح»، والظاهر أنه لو طلقها قبل الحجر ناشزًا ثم راجعها، أنه ينفق عليها كغيرها، وعبارة الرَّافِعِي في الزوجة الحادثة بعد الحجر: أن مؤن النكاح في كسبه لا فيما في يده، فسلمت المهر والنفقة ونحوها.

ونقل ابن القاص عن النص: أنه إن زاد على مهر المثل صح النكاح بمهر المثل فيما استفاد بعد الحجر، أو فضل عن غرمائه، ولينظر فيما لو اشترى أمة بعد الحجر في ذمته واستولدها، هل يكون نفقتها كالزوجة الحادثة أم لا؟ وفيما لو أقر يثبت بعد الحجر، والأشبه أنه ينفق عليها بخلاف الزوجة الحادثة، ويحتمل أن يجري فيها الخلاف فيما لو أقر بدين سابق على الحجر منها.

قال الإمام: لا شك أن نفقة زوجاته نفقة المعسرين.

وقال الرُّويَانِي: نفقة الموسرين.

قال الرَّافِعِي: وهذا قياس الباب، إذ لو كان نفقة المعسرين لما أنفق على القريب.

قال المصنف: يرجح قول الإمام بنص الشَّافِعِي، إذا قال: أنفق عليه وعلى أهله كل يوم أقل ما يكفيهم من نفقة وكسوة. وعلى هذا جرى الْمُتَوَلِّي وغيره.

وَيُبَاعُ مَسْكَنُهُ وَخَادِمُهُ فِي الْأَصَحِّ وَإِنِ احْتَاجَ إِلَى خَادِمٍ لِزَمَانَتِهِ وَمَنْصِبِهِ ....

وقال الرُّويَانِي في «التجربة»: وينفق على زوجته نفقة الموسر. نص عليه، وغلط من قال غيره.

وقال ابن الرِّفْعَة: ما ذكره الإمام هو الحق، وعليه ينطبق أكثر ما قيل في حد المعسر كما سيأتي في النفقات، انتهى.

وذكرت في «الغنية» أنه الصواب، ورددت استدلال الرَّافِعِي هنا بأنه وغيره ذكروا أن اليسار المعتبر في نفقة الزوجة غير اليسار المعتبر في نفقة القريب، ثم حذف لي فوقف فيه كرواية الرُّويَانِي خلافه عن النص.

ومنها: رأيت في «أدب القضاء» الديبلي، وهو بالدال ثم الياء آخر الحروف، ثم الباء الموحدة، ثم اللام نسبة إلى «ديبل» بلد معروف، لا كما قاله ابن الرِّفْعَة الزيبل: أنه لا ينفق على أهله وولده؛ لأن نفقة الولد مواساة، والدَّين أولى، ونفقة الأهل بعارض ومستأنف، والدَّين أولى ونقله عنه ابن الرِّفْعَة في «الكفاية» في نفقة القريب والولد. ونقله الدرامي وجهًا في نفقة الوالد والولد، وحكى عن الْبَنْدَنِيجِي، وأشار الإمام إلى إبداله احتمالًا، ونقله ابن الرِّفْعَة في «مطلبه» عن نص «الْبُوَيْطِي»، وأنكره بعضهم عليه بما بينته في «الغنية»، ورأيت في «الْبُوَيْطِي» ما يشهد لنقل ابن الرِّفْعَة، ونسبة اختلاف نسخ «مختصر الْبُوَيْطِي» وكيف كان فالمذهب المعروف الإنفاق.

قال: (**وَيُبَاعُ مَسْكَنُهُ وَخَادِمُهُ فِي الْأَصَحِّ**) أي: المنصوص.

(**وَإِنِ احْتَاجَ إِلَى خَادِمٍ لِزَمَانَتِهِ وَمَنْصِبِهِ**)، وقيل: يبقى للإنفاق به، وقيل: يبقى المسكن فقط، وقال صاحب «التعجيز»: لم أر الخلاف فيهما إلا للإمام، والغزالي، وسائر النقلة جزموا بالبيع.

وقال الْجُرْجَانِي: يباعان ويستأجران له. ومراده: أن الحاكم يستأجر له خادمًا ومسكنًا من ماله مدة الحجر إلى أن يقسم ماله.

إشارة: اضطرب حكم إبقاء المسكن والخادم في الأبواب كما أشرت إليه في «الغنية».

وَيُتْرَكُ لَهُ دَسْتُ ثَوْبٍ يَلِيقُ بِهِ وَهُوَ قَمِيصٌ وَسَرَاوِيلُ وَعِمَامَةٌ وَمِكْعَبٌ وَيُزَادُ فِي الشِّتَاءِ جُبَّةٌ،

قال: (**وَيُتْرَكُ لَهُ دَسْتُ ثَوْبٍ يَلِيقُ بِهِ**) أي: في تلك الحال لا في حال مروءته، كما قاله: الإمام وغيره، وفيه كلام يأتي.

(**وهو**) أي: في حق الرجل (**قَمِيصٌ وَسَرَاوِيلُ وَعِمَامَةٌ وَمِكْعَبٌ**)، وهو الملابس.

(**وَيُزَادُ فِي الشِّتَاءِ جُبَّةٌ**) يحتاجه إلى ذلك، ولأنه لا يؤخر غالبًا، وأما المرأة فيترك لها الإزار والمنفعة وغيرها مما يليق بحالها.

إشارات: منها: قوله: (**له**) يوهم أنه لا يترك ذلك لعياله، وقال الْبَغَوِي وغيره: (**له ولعياله**) وعبارة جماعة.

(**كسوة فصل**) ويؤكد الإيهام تصريحه من بعد بنفقة العيال يوم القسمة، ومنها عين في «المحرر» بالمنديل عن العمامة، والعجم وغيرهم يسمون العمامة منديلًا، وذكر الرَّافِعِي في «شرحيه»: المنديل والعمامة والطيلسان مما يترك له، وهو عجيب، ولم يذكر المنديل في «الروضة» ولم أر الجمع بين الثلاثة لأحد غيره، وعبر بعضهم بالمنديل عن الطيلسان في حق من يحرم تركه بمروءته خاصةً لا مطلقًا.

والظاهر أنه يترك له القبع المسمى بالقلنسوة تحت العمامة، وإن لم يذكروه.

ومنها: قضية كلامه أنه لا يترك له سوى ما ذكره، وعبارة «الروضة»: يترك له دست ثوب يليق به من قميص، وسراويل، ومنعل، ومكعب، وإن كان في الشتاء زاد جبة، ويترك له عمامة، وطيلسان، وخف، ودراعة يلبسها فوق القميص إن كان يليق به لبسها.

وتوقف الإمام في الخف والطيلسان، وقال: تركها لا يحرم بالمروءة، وذكر أن الإعسار بحاله في حال إفلاسه لا في بسطته ومروءته، لكن المفهوم من كلام الأصحاب أنهم لا يوافقونه، ويمنعون قوله: إن تركهما لا يحرم المروءة، انتهى.

....

ويؤيده أن سليمان والعمراني قالا: إذا كانت عادته أن يلبس الديبقي[١] والشرب تركًا له، أو المتوسط ترك له، انتهى.

وكلام «المنهاج» وأصله إلى موافقة الإمام أقرب، وعليه جرى في «البسيط». وقال صاحب «التعجيز» في شرحه «للوجيز»: والأولى عندي أن يحكم فيه عادة ذلك البلد، فإنه يختلف باختلاف البلاد.

وهذا حسن أو متعين، وقول المصنف: **(جبة)** مثال، والغرض ما يليق به من جبة، أو فروة، أو غيرها، وعبارة «التتمة»: يترك له نعل أو خمار أو خف، وعبارة «البيان»: وفي الشتاء يترك له خف بدل النعل، وعبارة «الروضة» يفهم الجمع بينهما، ونسبة أن يقال: إن كان الخف منعلًا فلا يجمع، وإلا جمع إذا كان من عادته، والأقرب النظر إلى عادة البلد لمثله، وقول «الروضة»: ومنعل ومكعب منكر، وعبارة «الشرحين»: منديل ومكعب، فغير منديل بمنعل، ولا أظنه غير قصد.

ومنها: قال الأصحاب: يترك لعياله كسوة فصل، قالا: ولا يترك له الفرس والبسيط، لكن يسامح باللبد والحصير القليل القيمة، والكساء الخليع القليل القيمة كاللبد، قاله الْمُتَوَلِّي.

قال ابن الرِّفْعَة: ولك أن تستنبط من وجوب الإنفاق على القريب أن سكنى المفلس، وملبسه، وما ينام عليه، ويستعمله في وضوئه وأكله وشربه مما لا غناء لمثله عنه يخرج من المال أيضًا؛ لأنه إنما يجب نفقة القريب إذا قصد غير ذلك كما ستراه في النفقات، ومراده في مدة الحجر لا مطلقًا، ويوافقه ما سبق عن الْجُرْجَانِي، وحينئذٍ لا ينبغي المبادرة إلى بيع ما تدعو حاجته إليه مدة الحجر، بل يؤخر إلى آخر الأمر.

ومنها: سياق كلام المصنف يقتضي أنه يباع جميع ماله إلا ما ذكر أنه يترك له.

---

(١) لم أجد من ذكره غير الحصني في «كفاية الأخيار» (٢/ ١٣٤).

....

وفي «زيادات العبادي»: أنه لا يباع كتب العالم في الدين؛ لأنه علمه، ويحتاج إليه الناس، وتباع المصاحف. وذكره غيره، وذكروا في قسم الصدقات ما يوافقه نسبتها بثياب بدنه والمراد هنا ما تدعو إليه حاجته منها، وذكر ابن الأستاذ نفقها أن خيل الجندي وسلاحه لا يباعان في دينه، قيل: وهو أولى من النفقة بالإبقاء؛ لأنها كالمستحقة للجهاد بسبب ما يأخذه من بيت المال، وأما المتطوع بالجهاد، فوفاء الدين أولى إلا أن يتعين عليه الجهاد ولا يجد غيرها.

ومنها: كل ما قلنا: يترك له ولعياله ولم يؤخذ في ماله اشتري.

قلت: وهذا في الملبوس ونحوه، أما شراء الكتب للعالم وما ذكر معها، ففيه بعد، والذين أطلقوا هذه العبارة لم يذكروا الكتب، وما ذكرناه معها، وأطلق الْبَغَوِي أنه يباع مركوبه وإن كان ذا مروءة، وفيه ما سبق في الجندي المرتزق وغيره.

ومنها: لو كان عليه ثياب فوق ما يليق به بيعت، وأعطي اللائق به، وكذا الحكم في أم ولده بخلاف الزوجة والقريب إذا كساهم قبل الحجر وبقي بعد الحجر؛ لأنهم ملكوا ذلك قبل الحجر .

قاله: ابن الرِّفْعَة، وهو ظاهر إن جرى تمليك، أو دفع لمكلف غرمًا وجب له عليه، أما الصغار ونحوهم من الأولاد فإن في ملكهم كذلك بمجرد الإلباس لهم نظرًا، والظاهر بقاؤه على ملكه، ولو كان المفلس يلبس اللائق به تقتيرًا قالا: لم يرد إليه، وهذا فيما يترك له، أما في حال الحجْر فلا يردّ عليه، وكذا بعد الحجر إن قنع به.

ومنها: قال في «الروضة»: قال أصحابنا: إذا مات المفلس قدم كفنه وحنوطه ومؤنة غسله ودفنه على الدين، وكذا من مات من عبيده وزوجته إن أوجبناه وأقاربه الذي يلزمه نفقتهم نص عليه، انتهى.

وما قاله: في الحنوط لا يجيء على المذهب عند مضايقة الغرماء، ولا عند سكوتهم، نعم إن أوجبناه فظاهر، ولعل الشَّافِعِي فرعه على ذلك، وكذا

وَيُتْرَكُ لَهُ قُوتُ يَوْمِ الْقِسْمَةِ لِمَنْ عَلَيْهِ نَفَقَتُهُ.

ذكر الحكم في الجائز، وكفن الزوجة إن أوجبناه، فيفرق بين الحادثة بعد الحجر وغيرها كما سبق في كفن المفلس أوجه.

ومنها: إذا لم يكن المفلس كسوبًا حكى الإمام في كتاب «الحج» عن العراقيين، وأنهم غلطوه وزيفوه. عن ابن سُرَيْج أنه قال: يترك له رأس مال يتبلغ به بالتجارة في تحصيل قوته في المستقبل، وأنهم غلطوه وزيفوه.

قال: والأمر كما ذكروه، وقال ابن الرِّفْعَة: إنه لا خلاف فيه.

قلت: ونقل الدَّارِمِي أن في «الْبُوَيْطِي» أنه يعطى بضاعة.

قال الدَّارِمِي: ومعناه اليسير، أما الكبير فلا إلا برضاهم. هذا لفظه، وأظنه مراد ابن سُرَيْجٍ، فلو كان ممن يحتطب مثلًا أعطي ثمن حبل وفأس، ولم يعط ابن سُرَيْجٍ.

ومنها: اعلم أن ما قدمناه فيما لا يتعلق بمعين، أما إذا تعلق بماله حق معين إما بسبب الحجر أو غيره أنهما كمبيع لم يقبض ثمنه، ومرهون وجانٍ، ففي «النهاية»: إذا لم يكن له سوى المرهون لا ينفق عليه ولا على عياله منه.

قال ابن الرِّفْعَة: وغير المرهون لم أقف فيه على نقل، والقياس أن يلحق به، ويؤيده قولهم في مؤنة التجهيز أنها لا تخرج من الجاني والمرهون ومبيع لم نوف ثمنه، وقد مات مفلسًا، انتهى، وما ذكره ظاهر.

قال: (**وَيُتْرَكُ لَهُ قُوتُ يَوْمِ الْقِسْمَةِ لِمَنْ عَلَيْهِ نَفَقَتُهُ**)؛ لأنه موسر في أوله، قال في «الروضة»: ولا يزاد عليه، انتهى.

وذكر صاحب «الكافي» والبغوي في «تهذيبه» و«فتاويه»: أنه إذا قسم ماله يترك له ولمن يلزمه نفقته قوت يوم وليلة. قال ابن يونس في «شرح الوجيز»: والظاهر أنه يوم وليلة بعد القسمة، فعلى هذا لئلا يترك له قوتها وفوق اليوم بعدها.

وقال في «شرح تعجيزه»: وهذا اليوم يوم القسمة عند الجمهور، وهو بعدها عند الْبَغَوِي، انتهى.

وفي كون الْبَغَوِي خالف الجمهور نظر، ونسبته أنه أراد بذلك الغداء

وَلَيْسَ عَلَيْهِ بَعْدَ الْقِسْمَةِ أَنْ يَكْتَسِبَ أَو يُؤَجِّرَ نَفْسَهُ لِبَقِيَّةِ الدَّيْنِ.
وَالْأَصَحُّ وُجُوبُ إِجَارَةِ أُمِّ وَلَدِهِ وَالْأَرْضِ الْمَوْقُوفَةِ عَلَيْهِ.

والعشاء، ولفظ نصه في «الْبُوَيْطِي» على ما رأيته: وإذا أراد الغرماء أخذ ماله يحبس لصاحب المال قوت عياله ليوم، انتهى.

وقد يشعر بأنهم لو أرادوا أخذه لئلا يترك له قوت الغد، والله أعلم.

ووقع في «الوجيز» أنه يترك له سكنى ذلك اليوم. قال الرَّافِعِي: فاستمر على قياس النفقة.

قلت: كلامه محمول على ما سبق عن الْجُرْجَانِي، لكن قال صاحب «التعجيز» في «شرح الوجيز»: وزاد صاحب الكتاب سكنى يوم، وهو مما يتعذر تحصيله أي: بالاستئجار وقد أنكر ذلك على «الوجيز» قبل الرَّافِعِي، مظفر الجيلي في «مشكلاته»، وقال: إنه لا يوجد في سائر كتبه ولا لغيره من الأصحاب.

قال: (**وَلَيْسَ عَلَيْهِ بَعْدَ الْقِسْمَةِ أَنْ يَكْتَسِبَ، أَو يُؤَجِّرَ نَفْسَهُ لِبَقِيَّةِ الدَّيْنِ**) أي: خلافًا لأحمد مطلقًا، ولمالك فيمن اعتاد إجارة نفسه.

لنا قوله تعالى: ﴿وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾ [البقرة: ٢٨٠].

وقوله ﷺ: لغرماء المصاب في ثمار ابتاعها: «**خذوا ما وجدتم وليس لكم إلا ذلك**»(١).

نعم! قال الإمام أَبُو عَبْدِ الله الْفَرَاوِيُّ من أئمتنا: لو كان قد عصى بسبب الدين كإتلاف عدوانًا بعد القسمة أن يكتسب ما يوفي به ذلك؛ لأن التوبة واجبة على الفور، ومن شرطها الخروج من الظلامة.

قال: (**وَالْأَصَحُّ وُجُوبُ إِجَارَةِ أُمِّ وَلَدِهِ وَالْأَرْضِ الْمَوْقُوفَةِ عَلَيْهِ**) لأن منافعها بمنزلة الأعيان، والثاني: لا؛ لأن المنافع لا تعد أموالًا حاضرة حاصلة.

واعلم أن الرَّافِعِي لم يجزم بترجيح الأول، بل قال في «المحرر»: إنه

---

(١) أخرجه أحمد (٣/ ٣٦، رقم ١١٣٣٥)، وعبد بن حميد (ص ٣٠٦، رقم ٩٩٢)، والترمذي (٣/ ٤٤، رقم ٦٥٥) وقال: حسن صحيح. ومسلم (٣/ ١١٩١، رقم ١٥٥٦)، وأبو داود (٣/ ٢٧٦، رقم ٣٤٦٩)، والنسائي في الكبرى (٤/ ١٩، رقم ٦١٢١)، وابن ماجه (٢/ ٧٨٩، رقم ٢٣٥٦).

....

رجح، وفي «الشرح الكبير» أن في تعاليق العراقيين ما يدل على ترجيحه، وافهم كلامه في «الشرح الصغير» ترجيح الثاني حيث قال: فيه وجهان: أحدهما: يؤجران؛ لأن المنافع كالأعيان فيصرف بدلها إلى الدين، وعلى هذا يؤاجر مدة بعد أخرى إلى أن يفنى الدين.

والثاني: ورجحه الإمام أنه لا يجب إجارتهما؛ لأن المنافع تعد أموالًا حاضرة، ولو كانت كذلك لوجب إجارته، ولأن إدامة الحجر إلى قضاء الدين الكثير من المنافع اليسيرة بعيد، ولا يكلف المفلس تحصيل ما ليس بحاصل، وإنما منع من تفويت ما هو حاصل، انتهى.

وهذا ما قال القاضي الحسين: إنه المذهب فيهما، وصحح الدَّارِمِي المنع في أم الولد، وذكر الغزالي في «الفتاوى»: أنه يجبر على إجارة الوقف ما لم يظهر تفاوت بسبب تعجيل الأجرة إلى حدٍّ لا يتغابن به الناس في غرض الدين، انتهى.

وقضية كلام الرَّافِعِي بقاء الحجر إلى فناء الدين، وهو بعيد كما قال: في «شرحه الصغير»، وهذه الأحكام لا اختصاص لها بالفلس، بل هي في حق كل مديون. قال بعض المعلقين على المذهب من العصريين: الوجه أن يقال: إذا كانا مما يؤجر غالبًا لمدة قريبة يغلب البقاء فيها ألزم بذلك؛ لأن جملة تلك المدة كالمال الحاضر عرفًا، وتضاف تلك الأجرة إلى بقية أمواله، ويقسم بين الغرماء، ويفك الحجر عنه؛ لأنه لم يبق له شيء آخر الآن، ولا يلزم الإيجار إلى مدة أكثر منها، ولا يبقى الحجر حتى تنقضي المدة وتؤجر مرة أخرى، وهذا توسط بين الوجهين، ولم أره منقولًا.

وذكر الرَّافِعِي وغيره الخلاف بعد قسمة ماله، ولا اختصاص له بذلك، بل يجري في الابتداء أيضًا إذا طالب به الغرماء عند الحاجة إليه، انتهى.

والمختار أن أم الولد لا تؤجر كما صححه الدَّارِمِي؛ لأن منافعها لا تعد مالًا، ولا يعد بها موسرًا بخلاف العقار الموقوف عليه ولا سيما ما علته مأجره، والله أعلم.

وَإِذَا ادَّعَى أَنَّهُ مُعْسِرٌ أَو قَسَمَ مَالَهُ بَيْنَ غُرَمَائِهِ وَزَعَمَ أَنَّهُ لَا يَمْلِكُ غَيْرَهُ وَأَنْكَرُوا فَإِنْ لَزِمَهُ الدَّيْنُ فِي مُعَامَلَةِ مَالٍ كَشِرَاءٍ أَو قَرْضٍ فَعَلَيْهِ الْبَيِّنَةُ.

وَإِلَّا فَيُصَدَّقُ بِيَمِينِهِ فِي الْأَصَحِّ.

والظاهر أنه لو كان شرط الوقف ألا يؤجر لم يؤجر عليه بلا خلاف .

قال: **(وَإِذَا ادَّعَى أَنَّهُ مُعْسِرٌ، أَو قَسَمَ مَالَهُ بَيْنَ غُرَمَائِهِ وَزَعَمَ أَنَّهُ لَا يَمْلِكُ غَيْرَهُ وَأَنْكَر، فَإِنْ لَزِمَهُ الدَّيْنُ فِي مُعَامَلَةِ مَالٍ كَشِرَاءٍ، أَو قَرْضٍ فَعَلَيْهِ الْبَيِّنَةُ)** أي: بإعساره أو تلفه؛ لأن الأصل بقاء ما أخذه، وقيل: يصدق بيمينه؛ لأن المال غادٍ ورائح، وحكى عن رواية الكرابيسي عن القديم، فعلى المشهور ينبغي أن يكون ذلك فيما يبقى كما أشار إليه التوجيه، أما لو كان لا يبقى كاللحم والخبز ونحوهما مما يؤخذ للأكل يومًا فيومًا، وكذلك أجرة المسكن ونحوه، فالقياس تصديقه كالقسم الثاني على الصحيح.

قال: **(وَإِلَّا)** أي: وإن لم يلزمه في مقابلة مال، أي: ولم يعهد له مال.

(فَيُصَدَّقُ بِيَمِينِهِ فِي الْأَصَحِّ) أي: المنصوص في «**الْبُوَيْطِي**» لأن الأصل العدم، والثاني: لا بدَّ من البينة، إذ الظاهر أن الحر لا يملك شيئًا.

قال ابن الرِّفْعَة: ولا يستقيم فيما إذا قسم ماله؛ لأن مقتضى الظاهر قد تحقق وعمل به.

والثالث: إن لزمه باختياره كمهر وضمان فلا بدَّ من بينة، وإلا فيصدق بيمينه؛ لأن الظاهر أنه لا يلتزم ما لا يقدر عليه.

والرابع: إن لزمه بمعاوضة محضة لم يصدق، وإلا صدق وفي «قواعد ابن عبد السلام»: إن لمدعي الإعسار أحوال:

أحدها: أن يعرف له مالًا بمقدار الحق أو أكثر منه فيحبسه.

الثاني: أن يجهل حاله فأوجه، ثالثها: الفرق بين من لزمه باختياره وغيره.

الثالث: أن يعهد له مال ناقص عن مقدار دينه، فيحبس عليه، وفي حبسه على ما وراءه الأوجه الثلاثة.

....

الرابع: أن تثبت عسرته، فلا يجوز حبسه حتى يثبت يساره.

تنبيهات: منها: إذا حلفناه ثم ظهر غريم آخر.

قال الصيمري: لا يحلفه ثانيًا؛ لأنه قد ثبت إعساره باليمين الأول.

ومنها: إذا صدقناه وحلفناه، قال الأصحاب: أطلق في الحال.

قال الإمام: ويظهر عندي أنه لا يطلق حتى يبحث الحاكم عن بواطن أمره؛ لأن إعساره بقوله كالفاسق يتوب، فإن الحاكم بسيرته حيث كانت توبته من قوله: بخلاف البينة.

قال الغزالي في «البسيط»: وفي كلام الأصحاب رمز إلى هذا يعني: ما أبداه إمامه، ويقوى إذا أبداه الحاكم وكان الدين لمن لا يجادل عن نفسه؛ لصغر أو جنون وغيرها.

ومنها: إذا كلفناه البينة، فقال: غرمائي يعلمون عسرتي، أو أن لا مال لي، وأنه هلك، حلفوا على العلم.

زاد شُرَيْح الرُّويَانِي: حلفوا على المنصوص، فأشار إلى خلاف في تحليفهم، فإن نكلوا حلفه وثبت إعساره، وإن حلفوا حبس، ومتى ادعى ثانيًا وثالثًا حلفناهم.

قال الْمُتَوَلِّي: إلا أن يظهر أن قصده الإيذاء واللجاج

مطلب: ولو صدقناه في إعساره بيمينه فادعى الدائن كل يوم أنه أفاد مالًا وطلب يمينه حلفناه له.

فائدة: في «طبقات العبادي» عن الكرابيسي وأبي ثور: أنه لو حلف، فالحق أنه لا شيء عليه كان بارًّا في يمينه؛ لأنه مضطر.

وقال المزني: كان كاذبًا، بل ينظر، فإن كان الحبس يجهده ويضره حلف؛ لأنه مضطر، وإن لم يجهده فلا يجوز الحلف.

وفي «البيان»: أنه لو كان معسرًا ولا بينة له ففي جواز الحلف والتورية

وَتُقْبَلُ بَيِّنَةُ الْإِعْسَارِ فِي الْحَالِ، وَشَرْطُ شَاهِدٍ خِبْرَةُ بَاطِنِهِ، ....

وجهان عن رواية الصيدلاني :

أحدهما : يحلف وينوي أنه ليس عليه حق يلزمه الخروج منه.

والثاني: المنع؛ لأن الحاكم إذا كان عدلًا لا يحبسه إلا بعد الكشف عن حاله، انتهى.

وهذا يفهم أنه لا يجوز المبادرة إلى حبس مدعي الإعسار إلا بعد الكشف عن حاله، والعمل على خلافه.

قال: **(وَتُقْبَلُ بَيِّنَةُ الْإِعْسَارِ فِي الْحَالِ)** كسائر البينات، وهي شاهدان، وقيل: ثلاثة، وقيل: يقبل رجل وامرأتان، أو رجل ويمين، ولا بد من العدالة، وبينها ابن الرِّفْعَة: فنقل عن الإمام أنه يخرج من الحبس بعد إقامة البينة وقبل الاسترداء، وقد أوضحته في أقضية «الغنية» مع استقصاء الكلام في مسائل الحبس وفروعها، وفوائد جليلة.

قال: **(وَشَرْطُ شَاهِدِهِ خِبْرَةُ بَاطِنِهِ)** أي: لطول جوار أو مخالطة ونحوهما؛ لأن المال يخفى، فلا يجوز الاعتماد على ظاهر الحال، وذكر في الشهادات أنها تبنى على مُشَاهَدَةِ مُخَايِلِ الضُّرِّ وَالْإِضَافَةِ.

وذكر بعضهم المحرمية ونحوها في المرأة؛ لأن الأجانب لا يطلعون على باطن حالها غالبًا، ثم علم الحاكم خبرهم الباطنة فذاك، وإلا اعتمد قولهم أنهم كذلك، وهذا فيما إذا شهدوا بإعساره ولم يعهد له مال، فلو شهدوا بإعساره من علم له مال حمل قولهم على أنهم وقفوا على تلف ماله. قاله الصيدلاني والقاضي الحسين، وهو ظاهر إذا علمنا أنها علمت بالمال، وإلا فلا يجوز أن يكون اعتمدت الظن، فينبغي للقاضي أن يعرفهم، فإن أضروا حمل على أنهم عرفوا التلف.

وذكر القاضي أبو علي الْفَارِقِيّ: أنه إذا ادعى الإعسار وقد عهد له مال لم يقبل منه إلا ببينة تشهد لهلاك ذلك المال وتلفه، قال: لأنا علمنا أن له مالًا، وهو يدعي هلاكه، والأصل بقاؤه، وذكرت في أقضية «الغنية» عن «الشامل»

وَلْيَقُلْ هُوَ مُعْسِرٌ، وَلَا يُمَحِّضُ النَّفْيَ كَقَوْلِهِ: لَا يَمْلِكُ شَيْئًا، وَإِذَا ثَبَتَ إِعْسَارُهُ لَمْ يَجُزْ حَبْسُهُ وَلَا مُلَازَمَتُهُ بَلْ يُمْهَلُ حَتَّى يُوسِرَ.

أنه لو شهدت البينة للمحبوس بعين فادعى الإعسار بعد ذلك، لم يقبل منه حتى يقيم ببينة على أن ماله تلف، وهذا قد ينازع فيما قاله الصيدلاني، وصرح الْفَارِقِيّ بأنه لا يكفي أن يشهد ألا مال له، نعم لو شهدوا بتلف ما عهدناه من ماله أو تلف ما لزمه عوضه ولم يعهد له سواه، لم يحتج إلى خبرتهم بباطن حاله، وحينئذٍ يصدق بيمينه في إعساره.

قال: (**وَلْيَقُلْ هُوَ مُعْسِرٌ، وَلَا يُمَحِّضُ النَّفْيَ كَقَوْلِهِ: لَا يَمْلِكُ شَيْئًا**) أشار إلى أنه يجمع بين النفي والإثبات، ويقدم الإثبات، فيقول: أشهد أنه معسر لا يملك إلا قوت يومه، وثياب بدنه، وسكنى يومه، ولا حاجة إلى قوله: إنه لا يحل له الصدقة.

ورأيت في «فتاوى الْقَفَّال»: أنه يحتاج أن تشهد البينة أنه معدم لا يقدر على دفع الألف مثلًا، ولاشيء منه.

تنبيه: سكوته عن تحليفه مع البينة يشعر بأنه لا حاجة إليه، وقد قال هو وغيره: إنه يحلف معها لجواز أن يكون له مال في الباطن، وأن هذا التحليف واجب في الأظهر لا مستحب، وإذا ثبت إعساره بالبينة وحلف معها هل ينفك الحجر بمجرد ذلك أم يتوقف على حكم الحاكم يفكه؟ فيه وجهان في «الحاوي».

وقال صاحب «الكافي»: الاستحباب أصح في طريقة العراق، والوجوب أصح في طريقة المراوزة، انتهى.

وعلى التقديرين يتوقف على طلب الخصم على الأصح، وحينئذٍ لو كان المحجور عليهم أو لعيب، أو جهة عامة، لم يتوقف على الطلب والخلاف فيما لو سكت الخصم، فإن قال: لا أحلفه ورضيت بإطلاقه، لم يحلف قطعًا، وإنما يحلف كما قال الْقَفَّال: بعد قيام البينة.

قال: (**وَإِذَا ثَبَتَ إِعْسَارُهُ لَمْ يَجُزْ حَبْسُهُ وَلَا مُلَازَمَتُهُ، بَلْ يُمْهَلُ حَتَّى يُوسِرَ**) لقوله تعالى: ﴿وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾ [البقرة: ٢٨٠]. وفي الآية

وَالْغَرِيبُ الْعَاجِزُ عَنْ بَيِّنَةِ الْإِعْسَارِ يُوَكِّلُ الْقَاضِي بِهِ مَنْ يَبْحَثُ عَنْ حَالِهِ، فَإِذَا غَلَبَ عَلَى ظَنِّهِ إِعْسَارُهُ شَهِدَ بِهِ.

رد على الجاهلية في بيع الحر في دينه، وقد روي أنه فعل في صدر الإسلام.

قال ابن حزم: فعله رواه ابن أوفى، قاضي البصرة من التابعين.

قال: وروينا هذا القول عن الشَّافِعِي، وهو غريب عنه لا يعرفه من أصحابه إلا من يتبحر في الحديث والآثار، وأطال القول فيه، وما روي في ذلك محمول على بيع منافعه لا رقبته.

قال: **(وَالْغَرِيبُ الْعَاجِزُ عَنْ بَيِّنَةِ الْإِعْسَارِ يُوَكِّلُ الْقَاضِي بِهِ مَنْ يَبْحَثُ عَنْ حَالِهِ)** وأملهم إثبات.

(فَإِذَا غَلَبَ عَلَى ظَنِّهِ إِعْسَارُهُ شَهِدَ بِهِ) ظاهر كلامه أنه يوكل به أولًا ولا يحبسه، وقال في فصل التزكية من «الروضة»: أن القاضي يوكل بالغريب المدعي الإفلاس من يبحث عنه ويخالطه؛ ليعرف إفلاسه، فيشهد.

وقال ابن الرِّفْعَة: إن هذا من نفقة الإمام.

وقال صاحب «التعجيز» في شرح «الوجيز»: وهذا قاله الإمام وزعم أنه شيء أبداه ورآه، وقد نقل سائر النقلة عن الشَّافِعِي قال: أنه لا يعقد الحاكم المسألة عن المحبوس، ولم يشترطوا كونه غريبًا، انتهى.

فظاهر هذا أنه يحبسه أولًا، وعبارة «الروضة» يفهمه، فإنه قال.

فرع: إذا حبسه لا يغفل عنه بالكلية، فلو كان غريبًا لا يتأتى له إقامة البينة، فينبغي أن يوكل القاضي من يبحث عن وطنه ومنقلبه، ويتفحص عن أحواله بحسب الطاقة، فإذا غلب على ظنه إعساره شهد به عند القاضي؛ لئلا يتخلف في الحبس، انتهى.

ويحبسه أولًا صرح غيره، وسبق عن رواية الصيدلاني ما ينازعه، وأن القاضي لا يحبس مدعي الإعسار إلا بعد الكشف عن حاله، وظاهره أنه لا فرق فيه بين الغريب وغيره، وهو الراجح المختار؛ لأن الحبس عقوبة، فلا ينبغي فعلها من غير تحقق الخيانة؛ لأن هذا حبس استكشاف.

....

ثم هذا التوكيل بالبحث عن حاله واجب على القاضي. صرح به الرُّويَانِي، وصاحب «القواعد».

مطلب: فروع منثورة: في «فتاوى الْقَفَّال»: أنه لو قال: أقر خصمي بإفلاسي لم يسمع دعواه للتحليف ولو أقام بينة أنه أقر بفلسه سمعت.

قلت: في منع الدعوى للتحليف نظر؛ لأنه لو أقر بذلك أخذ به، وأنه لو اتهم رب الدين ووجه المفلس أو غيرهما بأن له في يده مال، فله الدعوى عليه بذلك أي: وتحليفه عليه، وأنه إذا حجر الحاكم على المفلس فكل من كان له عليه دين فدفعه إليه ضمن، بل يدفعه إلى الحاكم.

قلت: هذا فيمن علم بالحجر ظاهرًا، أما لو جهله ففيه نظر، وأنه لو شهدوا بعين للمفلس لم يقبل حتى يثبتوا من أي وجه استفاد هذا المال، انتهى.

وكلام «الروضة» يقتضي أنه لا يجب ذلك، فإنه قال: فإن أتوا بعدلين فقالا: رأينا في يده مالًا يتصرف فيه أخذه الغرماء انتهى. وفيه وقفة لا قد يتصرف بوكالة أو ولاية.

مطلب: فرع: قال الإمام: لو علم القاضي إعساره لم يقض به وإن حل له أن يشهد؛ لأنه ظن لا علم يقيني، وإنما جازت الشهادة به للضرورة، انتهى.

ولا شك أنه لا يحبس، وقياس قول الرَّافِعِي وغيره أنه على القولين في القضاء بالعلم، وما قاله: الإمام بناه على ما ذكره هناك أن المراد بقولنا: إنه يقضي بعلمه على الأظهر العلم اليقيني لا الظن، وليس الأمر كذلك كما بينته في «الغنية» هناك.

فرع: صحح الغزالي هنا أنه يحبس بدين ولده، ونقل في شهادات «بسيطه» أن المذهب المنع، ونسبة إمامه ثم إلى المعظم ونقلاه هناك، وهو ما صححه صاحبا «التهذيب» و«الكافي» وغيرهما.

وقال الرَّافِعِي في نيته: إن تصحيح الغزالي الحبس مما يخالف فيه الأكثرين.

فَصْلٌ: مَنْ بَاعَ وَلَمْ يَقْبِضْ الثَّمَنَ حَتَّى حُجِرَ عَلَى الْمُشْتَرِي بِالْفَلَسِ فَلَهُ فَسْخُ الْبَيْعِ وَاسْتِرْدَادُ الْمَبِيعِ، ....

ورأيت في «الإشراف» للهروي أن القاضي الحسين قطع بحبسه له؛ لدفعه عن الظلم كما لو قصده، وقال في «التعليق»: إنه القياس عندي.

قلت: وهو ظاهر إذا بان أنه أخفى ماله وعاند، أما لو تردد باقي حاله وادعى عسرته، فلا يحبسه للكشف عن حاله، ولعل هذا موضع جواب الجمهور، وسيأتي - إن شاء الله تعالى - ما في حبس الممتنع من أداء دينه مع ظهور ماله وغناه، وليعلم أن الحبس تارةً يكون عقوبة للعباد، وتارةً لاستكشاف الحال، فيحبس الوالد في الحال الأولى دون الثانية، ولا معنى لقول بعضهم: يحبس في نفقة ولده إذا امتنع منها دون باقي ديونه شك.

قال: (**فَصْلٌ: مَنْ بَاعَ وَلَمْ يَقْبِضْ الثَّمَنَ حَتَّى حُجِرَ عَلَى الْمشْتَرِي بِالْفَلَسِ، فَلَهُ فَسْخُ الْبَيْعِ وَاسْتِرْدَادُ الْمبِيعِ**)؛ لقوله ﷺ: «**إذا أفلس الرجل ووجد البائع سلعته بعينها، فهو أحق بها من الغرماء**»[1] متفق عليه.

وقال أبو عبيد بن حربويه: إنما يكون أحق به ليستوفي حقه منه، ولا يشاركه فيه الغرماء كالمرهون، لا أنه يفسخ ويرجع في عينه.

قال الْمَاوَرْدِي: خالف الإجماع، إذ القائل: اثنان فاسخ ومانع.

وفي حكم الإفلاس الموت مفلسًا كما سيأتي.

وقوله: (**فَلَهُ فَسْخُ الْبَيْعِ**) أي: بنفسه، ولا يتوقف على الحاكم على الأصح عند المصنف، وجزم الْمَاوَرْدِي بمقابله؛ لأنه مختلف فيه كالإعسار بالنفقة، وصححه غيره بجواز الرجوع في الأعيان المبيعة، وبعد ذلك وجهان:

أحدهما: لا يرجع إلا أن يحكم الحاكم برده عليه.

والثاني: له الرجوع بلا حكم. وعبارة «الحاوي» هناك فيما رأيته: إذا أفلس المشتري لا يصح رجوع البائع في عين ماله إلا أن يحكم الحاكم بفلسه، ثم

---

(١) تقدم تخريجه.

وَالْأَصَحُّ أَنَّ خِيَارَهُ عَلَى الْفَوْرِ، وَأَنَّهُ لَا يَحْصُلُ الْفَسْخُ بِالْوَطْءِ وَالْإِعْتَاقِ وَالْبَيْعِ. وَلَهُ الرُّجُوعُ فِي سَائِرِ الْمُعَاوَضَاتِ كَالْبَيْعِ، ....

يحكم بجواز الرجوع بالأعيان المبيعة، فإذا حكم بالفلس وجواز الرجوع فهل يحتاج إلى أن يحكم الحاكم برده عليه، أم له الرجوع بلا حكم؟ فيه وجهان.

وقيل: إن كان هناك حاكم وقف على حكمه، وإلا فلا، نقله الرُّويَانِي.

إشارة: صيغة الفسخ: فسخت البيع ورفعته ونقضته ونحوها، وهذا الفسخ وارد على العقد، ويتبعه استرداد المبيع، وكذلك جمع المصنف بين اللفظين، وحكى الإمام اختلافًا فيما إذا أردت الثمن أو فسخت البيع فيه، والأصح الاكتفاء به.

ورأيت في «فتاوى الْقَفَّال»: أنه لو أتلف المبيع قبل القبض فللبائع مطالبة المتلف بالقيمة، ويمسكها لاستيفاء الثمن، فلو أفلس المشتري لم يكن للبائع فسخ العقد، لكنه أحق من سائر الغرماء بتلك القيمة كالمرتهن.

قال: **(وَالْأَصَحُّ أَنَّ خِيَارَهُ عَلَى الْفَوْرِ)**؛ إلحاقًا له بالرد بالعيب، والثاني: أنه على التراخي كهبة الولد.

وفرق لحصول الضرر هنا بخلاف ذلك، وقال القاضي الحسين: لا يبعد تأقيته بثلاثة أيام كما في المعتقة بحث عند الشفعة في قول.

إشارة: الظاهر أنه يقبل منه دعوى الجهل بالفورية هنا، وإن لم يقبله في الرد بالعيب على رأي؛ لأن هذا مما يخفى على غالب الناس بخلاف ذلك، ولو اختار المضاربة سقط حقه من الرجوع لو اختار الرجوع فرجع، ثم بدا له فيه لزم الفسخ، وقيل: له ذلك ما دام في الحبس.

قال: **(وَإِنَّهُ لَا يَحْصُلُ الْفَسْخُ بِالْوَطْءِ وَالْإِعْتَاقِ وَالْبَيْعِ)** كالهبة للولد، وَتَلْغُو هَذِهِ التَّصَرُّفَاتُ، والثاني: يحصل كما في زمن الخيار، وفرق بأن ملك المشتري ثم ليس بمستقر، فجاز الفسخ بالفعل بخلاف مسألتنا، والقياس أنه لو أتلفه البائع غرم المثل، أو القيمة، وضارب بالثمن.

قال: **(وَلَهُ الرُّجُوعُ فِي سَائِرِ الْمعَاوَضَاتِ كَالْبَيْعِ)** نبَّه بقوله: **(كالبيع)** على

وَلَهُ شُرُوطٌ: مِنْهَا كَوْنُ الثَّمَنِ حَالًّا، وَأَنْ يَتَعَذَّرَ حُصُولُهُ بِالْإِفْلَاسِ ....

مأخذ ذلك القياس على البيع، لا النص، وهو على أن الأحكام التي يعرض لتفصيلها في البيع يثبت مثلها في سائر المعاوضات، وهو زائد على ما يقتضيه عبارة «المحرر»، فإنه قال: ولا يختص الرجوع بالبيع، بل يثبت في سائر المعاوضات، ويدل لغير البيع من النص قوله عليه أفضل الصلاة والسلام: «**من أدرك ماله بعينه عند رجل قد أفلس، فهو أحق به من غيره**»[1] متفق عليه.

ودلَّ من إطلاق الكتاب، وأصله مقيد بشرطين:

أحدهما: إن سبق المعاوضة الحجر فإن تأخرت فلا فسخ للعالم بالحال على الأصح.

والثاني: أن تكون المعاوضة محضة كالسلم والإجارة والقرض، لا الخلع والصلح عن ذم العهد في أنها ليست معاوضة محضة كالبيع، وهنا كلام في الصداق أوضحته في «الغنية» يتعين مراجعته.

قال: (**وَلَهُ شُرُوطٌ: مِنْهَا كَوْنُ الثَّمَنِ حَالًّا**) أي: عند الرجوع، لكنه إن لزم حالًّا قبل الحجر رجع قطعًا، وكذا لو حل قبل الحجر، وفيه وجه شاذ، أما لو حل بعد الحجر وقبل البيع، ففي جواز الفسخ وجهان.

قال في «الروضة»: أصحهما الجواز. قاله في «الوجيز».

قلت: وصححه الرَّافِعِي في «شرحه الصغير»، وظاهر الحديث يؤيده.

قال: (**وَإِنْ يَتَعَذَّرَ حُصُولُهُ بِالْإِفْلَاسِ**) وإمكان الاستيفاء بالحاكم.

والثاني: يفسخ؛ لتعذر الوصول إليه حالًا وتوقعه مآلًا.

تنبيهات: قوله: (**وَأَنْ يَتَعَذَّرَ حُصُولُهُ بِالْإِفْلَاسِ**) يفهم أنه لو كان ماله بقدر دينه وجوزنا الحجر أنه لا يفسخ؛ لعدم التعذر، وهو أشبه الوجهين في «الشرح الصغير»، وبه جزم في «الوجيز»، وقال ابن الرِّفْعَة: إنه ظاهر النص، وإطلاق الخبر يقتضي إثبات حق الرجوع.

---

(١) تقدم تخريجه.

وَلَوْ قَالَ الْغُرَمَاءُ: لَا تَفْسَخْ ونحن نُقَدِّمُك بِالثَّمَنِ، فَلَهُ الْفَسْخُ ....

قلت: ولأنا جعلناه كالمفلس في الحجر، وأنه لا يؤمن ظهور غريم فيخاصمه في الثمن.

قال الرَّافِعِي وغيره: لو كان بالثمن ضامن بإذن المشتري فلا رجوع له؛ لأنه ليس بمتبرع على المشتري، والوصول من يده كالوصول من يد المشتري، وإن ضمن بغير إذنه، وجهان، وأسقطت «الروضة» الحالة الأولى في الكلام منثورًا.

وينبغي أن يكون موضع عدم الرجوع في العين إذا كان الضامن مقرًّا ومليًّا، أما لو كان معسرًا أو جاحدًا، أو لا بينة فلا؛ لتعذر الثمن بالإفلاس، ولينظر فيما لو كان الدين حالًا، ولكن ضمن مؤجلًا، فهل يكون كالحال عليها في حكم الفسخ؟.

قال الْمُتَوَلِّي عقب مسألة الضمان: وهكذا الحكم فيما لو كان قدر رهن بعض الناس ماله بالثمن، ثم أفلس المشتري أي: إن رهنه بإذن المشتري فلا رجوع للبائع، أو بلا إذن، فالوجهان.

وما ذكره ظاهر إذا كان الرهن يفي بجميع الثمن، أما لو لم يف به فينبغي أن يكون له الرجوع في الحالين، والرهن المستفاد كذلك، ويجب أن يأتي جميع ما ذكر هنا في الإعسار بالصداق وأولى، ولم أر له ذكرًا، وخذ من كلام المصنف لو كان للمفلس رهن يفي بالثمن فلا فسخ للبائع، وكذا لو لم يف به وكان لو خاصص بالباقي تحصل تمام الثمن، ولك أن تحمل كلامه على ما ذكرناه، إذ لا تعذر بالإفلاس.

قال: (**وَلَوْ قَالَ الْغُرَمَاءُ: لَا تَفْسَخْ ونحن نُقَدِّمُك بِالثَّمَنِ، فَلَهُ الْفَسْخُ**) أي: على الصحيح؛ لاحتمال ظهور غريم، وقيل: تخريجًا ماله حجر عليه وفي ماله وفاء. وقع في «الروضة» بعد هذا آخر الباب: أنه لو قال الغرماء للقصار: خذ أجرتك ودعنا نكون شركاء صاحب الثوب أجبر على الأصح كالبائع إذا قدمه الغرماء بالثمن، انتهى.

وهذا التشبيه سهو تبع فيه نسخًا سقيمة بالشرح، وهو في غيرها على

وَكَوْنُ الْمبِيعِ بَاقِيًا فِي مِلْكِ الْمشْتَرِي فَلَوْ مَاتَ أَوْ كَاتَبَ الْعَبْدَ ....

الصواب، وقد أوضحته مسودة في «التوسط»، والمذهب المعروف أنه لا يجبر إذا قدموه من مال المفلس، ولو قدموه به من أموالهم فله الفسخ بلا خلاف، ولو قالت الورثة: لا نرجع ونحن نقدمك من التركة، فكالغرماء، أو من أموالنا، فوجهان.

جزم الْمُتَوَلِّي بإجابتهم، والماوردي وغيره بمقابله، وهو مقتضى إطلاق نص الشَّافِعِي ﷺ فعليه يستثنى هذه الصورة من قولهم: إن للوارث إمساك عين التركة وقضاء الدين من ماله، لكن الأول أقوى في المعنى، وهو المختار؛ لأن التركة صارت ملكًا للوارث، فأشبه فك المرهون وفداء الجاني، وعلى هذا لو كان الوارث غريمًا أجيب إلى الأداء من ماله وإمساك العين.

فرع: تضمن كلام الْمَاوَرْدِي أنه لو قدم الغرماء المرتهن بدينه سقط حقه من الرهن بخلاف البيع وفرق، وفيه نظر ظاهر.

قال: **(وَكَوْنُ الْمبِيعِ بَاقِيًا فِي مِلْكِ الْمشْتَرِي)**؛ للحديث المتقدم، ومن شرط الرجوع أيضًا ألا يتعلق به حق ثالث كجناية، أو رهن، أو شفعة، فإن زال التعلق قبل المخاصمة رجع، وفيه وجه، وما ذكرنا في تقديم الشفيع هو الأصح، ويكون الثمن بين الغرماء.

والثاني: يكون الثمن للبائع جمعًا من الحقين.

والثالث: يرجع البائع في عين ماله.

ومنها: ألا يكون بالبائع مانع من تملكه أن يكون صيدًا فأحرم البائع لم يرجع به في حالة الإحرام، أو كان كافرًا فأسلم بيد المشتري والبائع كافر.

قيل: لا يرجع، وفي «اللباب» وغيره: أنه لا يرجع، وبناه في «الذخائر» على أصل قولين في تملكه المسلم إن جوزناه رجع، وإلا فلا، والأرجح الرجوع كما هو في الرد بالعيب؛ لما في المنع منه من الضرر بخلاف الشراء.

قال: **(فَلَوْ مَاتَ)** أي: بآفة، أو جناية، أو عتق وغيرها.

(أَوْ كَاتَبَ الْعَبْدَ) أي: كتابة صحيحة أو أحبل الأمة.

فَلَا رُجُوعَ ....

(فَلَا رُجُوعَ) لأنه كالخارج، وأفتى المصنف في صورة الإحبال بالرجوع، وهو سهو من ناقل أو غيره.

تنبيهات: **منها**: أطلق أن الكتابة تمنع، وقال الماوَرْدِي: إلا أن يعجز قبل أن يضارب بثمنه، فهو كالمرهون ينفك، والمجزوم به في «الروضة» وغيرها أنه لو انفك الرهن أو برئ من الجناية رجع، حكى الماوَرْدِي في ذلك وفيما إذا عجز المكاتب وجهين؛ لأنه صار إلى حال زال عنه حكم الاسترجاع.

قال الدَّارِمِي: لو قال البائع للمرتهن: أنا أدفع إليك حقك وآخذ عين مالي، فهل يخير المرتهن؟ على وجهين.

قلت: ويجب طردهما في المجني عليه، وقياس المذهب ترجيح المنع، ومنها استثنى من زوال الملك ما إذا كان المشتري يتسلط على استرجاعه كالقرض الباقي شهد المقترض. صرح به الْمَاوَرْدِي وغيره، وكالبيع في زمن الخيار إذا قلنا: بزوال الملك، ذكره ابن الرِّفْعَة عن الْمَاوَرْدِي، وعبر عن ذلك بأنه متى خرج عن ملك المفلس، وكان بحيث يتسلط على الاسترجاع يجوز للبائع الرجوع كما هو للمفلس. وهذه العبارة تشمل ما لو كان المشتري قد باعه لآخر ثم أفلس هو والمشتري منه، وما لو كان قد وهبه لولده وأقبضه، وهو بعيد، ولعل ما أجازه في القرض بناه على أنه لا يملك إلا بالتصرف، وذكرت في «الغنية» ما يعضده مع فوائد جمة.

منها: ذكر الرَّافِعِي أنها لو باعت العين المصدقة بشرط الخيار، ثم طلقها الزوج في مدته، فله الرجوع إن قلنا: الملك في زمن الخيار للبائع، وإن قلنا: للمشتري، فلا، وهذا يرد ما ذكره ابن الرِّفْعَة في صورة البيع.

ومنها: لو زال ملك المشتري عن العين، ثم عاد، ثم فلس، فإن عاد بلا عوض كإرث وهبة ووصية، فأصح الوجهين في «الشرح الصغير» الرجوع؛ لأنه وجد متاعه بعينه، وصحح في زيادات «الروضة» المنع، وأجرى الوجهان فيما لو رد عليه بعيب، وتظهر صحتها فيما لو تقابلا لما سبق عن «الحاوي» والأصح

وَلَا يَمْنَعُ التَّزْوِيجَ. وَلَوْ تَعَيَّبَ بِآفَةٍ أَخَذَهُ نَاقِصًا، أَو ضَارَبَ بِالثَّمَنِ أَو بِجِنَايَةِ أَجْنَبِيٍّ أَو الْبَائِعِ فَلَهُ أَخْذُهُ، وَيُضَارِبُ مِنْ ثَمَنِهِ بِنِسْبَةِ نَقْصِ الْقِيمَةِ، ....

المختار ما صححه في «الشرح الصغير»؛ للحديث، والظاهر أن عوده إليه بعد الحجر مجانًا كعوده قبله، وإن عاد بعوض كشراء، فإن كان قد دفع الثمن، فكعوده مجانًا، وإن لم يكن دفعه، وقلنا: يرجع لو عاد بلا عوض، فهل يشتركان ويضارب كل واحد منهما بباقي الثمن؟ أو يكون للأول لسبق حقه؟ أو للثاني لقرب حقه؟ أوجه، وبالثالث أجاب الْمَاوَرْدِي، فإن عفا الثاني وضارب هل للأول استرجاعه؟ فيه وجهان، فلو كان المشتري باعه لثالث، ثم اشتراه الأول، ثم أفلس، فالبائع الثالث أحق به، فإن ضارب فهل يسقط حق الأول والثاني منه؟ أو يكون للثاني استرجاعه وحده؟ أو يكون بينهما؟ ثلاثة أوجه.

ومنها: قال المصنف وغيره: لو رجع في بعض المبيع مكن؛ لأنه أنفع للغرماء من الفسخ في كله، فهو كرجوع الأب في نصف ما وهب يجوز.

قلت: وفي هذا الإطلاق نظر، وينبغي أن يقابل، يجوز حيث يكون أنفع للغرماء، وإلا فقد يكون التنقيص أضر بهم؛ لنقص القيمة به أكثر الثوب، أو سيف أو دار نفيسان بإيفاء حسن نقص القيمة بالتنقيص فيها على أن في الجواز مع الغبطة وقفة؛ لجواز بقاء العين للمفلس بإبراء غريم، أو زيادة سعر سلعة، أو إرث مال ونحوها؛ فيتضرر بالتنقيص.

قال: **(وَلَا يَمْنَعُ التَّزْوِيجَ)** أي: الرجوع؛ لأنه لا يمنع البيع، وخذ من كلامه أن الإجارة لا تمنعه بناء على المذهب أنها لا تمنع البيع.

قال: **(وَلَوْ تَعَيَّبَ بِآفَةٍ أَخَذَهُ نَاقِصًا، أَو ضَارَبَ بِالثَّمَنِ)** أي: هو مخير بين الأمرين كما في تعييب المبيع في يد البائع سواء النقص الحسي وغيره، وفي قول غريب يأخذ البيع ويضارب بالنقص.

قال: **(أَوْ بِجِنَايَةِ أَجْنَبِي أَو الْبَائِعِ فَلَهُ أَخْذُهُ، وَيُضَارِبُ مِنْ ثَمَنِهِ بِنِسْبَةِ نَقْصِ الْقِيمَةِ)** أي: سواء كانت الجناية لها أرش مقدر أم لا، مثاله قيمته سليمًا مائة، ومعيبًا تسعون، فيرجع معسر الثمن.

وَجِنَايَةِ الْمُشْتَرِي كَآفَةٍ فِي الْأَصَحِّ، وَلَوْ تَلِفَ أَحَدُ الْعَبْدَيْنِ ثُمَّ أَفْلَسَ أَخَذَ الْبَاقِي وَضَارَبَ بِحِصَّةِ التَّالِفِ.

فَلَوْ كَانَ قَبَضَ بَعْضَ الثَّمَنِ رَجَعَ فِي الْجَدِيدِ ....

قال الرَّافِعِي: وإنما ضارب هنا؛ لأن المشتري أخذ بدلًا للنقصان، وكان ذلك مستحقًا للبائع لو بقي فلا يحسن تضييعه عليه، انتهى.

وفي «البحر»: يخرج منها وجه أنه لا يثبت له مع اختيار العين ناقصة الرجوع بشيء، وهو غريب، وأغرب الْمَاوَرْدِي فقال: يأخذه ويرجع بأرش النقص.

فإن كان باقيًا على الجاني، فللبائع أن يختص به؛ لأنه يدل ماله وإن كان المشتري أخذ الأرش واستهلكه ضرب البائع بقدر الأرش مع الغرماء، يعني: وإن كان باقيًا فله أخذه كالباقي على الجاني، وسبق عن الْقَفَّال ما يقتضي أنه يتقدم من الأرش ببقية الثمن كالمرتهن.

إشارة: قول الرَّافِعِي: لأن المشتري أخذ بدلًا للنقصان يوهم أن الكلام فيما إذا أخذ البدل، وليس بمراد، بل الغرض أنه يوجه له البدل على الجاني الملتزم، سواء أخذه أو تعذر أخذه، فالكلية تعم لو كان الجاني غير ملتزم كالحربي، أو الدافع للصائل فكالآفة السماوية.

قال: **(وَجِنَايَةِ الْمُشْتَرِي كَآفَةٍ فِي الْأَصَحِّ)** لأن فعله وقع في ملكه قبل تعلق حق الغرماء، والثاني: أنه كالأجنبي، والخلاف طرق أصحها عند الإمام أنه كالأجنبي، وعند الرَّافِعِي كالآفة على أظهر القولين، وعند المصنف كالآفة على المذهب، وبه قطع جماعات، فكان من حقه أن يقول: على المذهب.

قال: **(وَلَوْ تَلِفَ أَحَدُ الْعَبْدَيْنِ) أي**: بآفة.

(ثُمَّ أَفْلَسَ أَخَذَ الْبَاقِي وَضَارَبَ بِحِصَّةِ التَّالِفِ) أي: على المشهور؛ لأنه يثبت له الرجوع في كل منهما، وفي قول: أنه إذا رجع أخذ الباقي بكل الثمن ولا يضارب شيء.

(فَلَوْ كَانَ قَبَضَ بَعْضَ الثَّمَنِ رَجَعَ فِي الْجدِيدِ)؛ لأن للإفلاس سبب يعود به كل العين، فجاز أن يعود به بعضها كالطلاق قبل الدخول، والقديم: لا

فَإِنْ تَسَاوَتْ قِيمَتُهُمَا وَقَبَضَ نِصْفَ الثَّمَنِ أَخَذَ الْبَاقِيَ بِبَاقِي الثَّمَنِ، وَفِي قَوْلٍ: يَأْخُذُ نِصْفَهُ بِنِصْفِ بَاقِي الثَّمَنِ وَيُضَارِبُ بِنِصْفِهِ.

يرجع، بل يضارب بباقي الثمن أخذ الباقي لحديث مرسل فيه رواه الدراقطني، ولا يصح مستدل.

(فَإِنْ تَسَاوَتْ قِيمَتُهَا وَقَبَضَ نِصْفَ الثَّمَنِ أَخَذَ الْبَاقِيَ بِبَاقِي الثَّمَنِ)، أي: ويكون المقبوض في مقابلة التالف، كما لو رهن عبدين بمائة وأخذ خمسين، وتلف أحد العبدين، كان الباقي مرهونًا بما يفي من الدين، فالجامع أن له التعليق بكل العين إذا نفى كل الحق، فليثبت له التعلق بالباقي من العين للباقي من الحق.

(وَفِي قَوْلٍ) أي: مخرج.

(يَأْخُذُ نِصْفَهُ بِنِصْفِ بَاقِي الثَّمَنِ، وَيُضَارِبُ بِنِصْفِهِ) أي: بنصف الباقي، وهو الربع من جميع الثمن؛ لأن الثمن يتوزع على المبيع، فيوزع كل من المقبوض والباقي على العبدين.

قال في «السلسلة»: وهو أقيس القولين أن المستوفي قبل الفلس مقبوض على البيوع، لا على التمييز، والباقي منه باقٍ على البيوع، لا على التمييز، وهو ظاهر.

إشارات: قوله أولًا: **(ثُمَّ أَفْلَسَ)** يوهم أنه لو تلف أحدهما بعد تفليسه أن الحكم يختلف، والظاهر أنه لا فرق، والعبدان مثال، والمراد بالفلس أي: حجر عليه بالفلس، كان ينبغي أن يقول: ولو كان قد قبض بالواو لا بالفاء، أو بحذف لفظة **(كان)**.

ولو قبض بعض الثمن ولم يتلف من المبيع شيء جرى القولان، فعلى الجديد: يرجع في المبيع بقسط الباقي من الثمن، فلو قبض نصفه رجع في نصف العبد المبيع ونصف العبدين المبيعين.

قال الْمُتَوَلِّي: وليس له الرجوع في أحدهما بما له إلا أن يبرأ رضيا بذلك؛ لأن فيه مصلحتهما من حيث أنه لا يتبعض عليهما في واحد من العبدين.

وَلَوْ زَادَ الْمَبِيعُ زِيَادَةً مُتَّصِلَةً كَسِمَنٍ وَصَنْعَةٍ فَازَ الْبَائِعُ بِهَا، وَالْمُنْفَصِلَةُ كَالثَّمَرَةِ، وَالْوَلَدِ لِلْمُشْتَرِي، وَيَرْجِعُ الْبَائِعُ فِي الْأَصْلِ، فَإِنْ كَانَ الْوَلَدُ صَغِيرًا وَبَذَلَ الْبَائِعُ قِيمَتَهُ أَخَذَهُ مَعَ أُمِّهِ، ....

قال: **(وَلَوْ زَادَ الْمبِيعُ زِيَادَةً مُتَّصِلَةً كَسِمَنٍ وَصَنْعَةٍ)** أي: وكبر شجرة ونحوها من الزيادات المتصلة من كل وجه.

(فَازَ الْبَائِعُ بِهَا) طردًا للقاعدة إلا ما سيأتي في الصداق هذا ما أجابا به في الصيغة هنا في «الشرحين» و«الروضة». ثم قال في متن «الروضة» بعده بقليل: وأما إذا تعلم العبد القرآن، والحرفة، والكتابة، والشعر المباح، ورياضة الدابة، فالأصح أنها على القولين معنى في القصارة ونحوها أعينٌ هي أم أثر؟ أظهرهما أنها عين. ثم قال في القرآن والحرفة: وقيل هي قطعًا كالسمن، وهذا ما جزما به هنا، وعبارة الرَّافِعِي في الموضعين في «الشرحين»: وتعلم الحرفة، وإنما **قلت**: هذا التخيل متخيل فرق بين الصنعة والحرفة فإنه عين في «الروضة» أولًا بالصنعة، وثانيًا بالحرفة، ولا أثر لذلك وطريقه القطع، نقلها الْعِمْرَانِي عن الشيخ أبي حامد وعامة أصحابنا، وعن صاحب «التلخيص» رد القولين، وفرق الْعِمْرَانِي بأن فعله التلقين والحفظ ليس إليه؛ لأنه قد تلقنه فلا يتلقن، فهو كالسمن؛ لأنه قد تعلقها فلا يسمن بخلاف القصارة ونحوها؛ لأنها تحدث بفعله الذي لا يوجد إلا وجدت هذه الآبار، وهذا هو المذهب وقد نقله في الصداق عن الأصحاب مطلقًا.

ونص عليه في «الأم» فقال: ولو باعه فعلمه أخذه معلمًا، مع نصه في «الأم» على القولين في القصارة ونحوها، وترجيحه المشار إليه بذلك.

قال: **(وَالْمنْفَصِلَةُ)** أي: من كل وجه.

(كَالثَّمَرَةِ، وَالْوَلَدِ لِلْمُشْتَرِي، وَيَرْجِعُ الْبَائِعُ فِي الْأَصْلِ)؛ لأنه الذي أثبت الشارع له الرجوع فيه، فيقتصر عليه.

قال: **(فَإِنْ كَانَ الْوَلَدُ صَغِيرًا وَبَذَلَ الْبَائِعُ قِيمَتَهُ أَخَذَهُ مَعَ أُمِّهِ)** لانتفاء محذور التفريق.

وَإِلَّا فَيُبَاعَانِ، وَتُصْرَفُ إِلَيْهِ حِصَّةُ الْأُمِّ، وَقِيلَ: لَا رُجُوعَ، فَإِنْ كَانَتْ حَامِلًا عِنْدَ الرُّجُوعِ دُونَ الْبَيْعِ أَو عَكْسُهُ فَالْأَصَحُّ تَعَدِّي الرُّجُوعِ إِلَى الْوَلَدِ، وَاسْتِتَارِ الثَّمَرِ بِكِمَامِهِ وَظُهُورِهِ بِالتَّأْبِيرِ قَرِيبٌ مِنْ اسْتِتَارِ الْجَنِينِ وَانْفِصَالِهِ وَأَوْلَى بِتَعَدِّي الرُّجُوعِ.

(**وَإِلَّا فَيُبَاعَانِ**) فرارًا من التفريق.

(**وَتُصْرَفُ إِلَيْهِ حِصَّةُ الْأُمِّ**) أي: وما قابل الولد إلى بقية الغرماء.

قال الشيخ أبو حامد: وكيفية التقسيط أن تقوم الأمة ذات ولد، ثم يقوم الولد، ويضم قيمة أحدهما إلى قيمة الآخر، ويقسم الثمن عليهما.

قال: (**وَقِيلَ: لَا رُجُوعَ**) أي: بل يضارب؛ لما فيه من التفريق.

قلت: وقيل: يجوز التفريق للحاجة، صرح بنقله الْمَاوَرْدِي والدرامي والشاشي وغيرهم، والإمام في كتاب «السير»، وحاول الرَّافِعِي تخريجه هنا بناء على أنهم لم يذكروه. قال: ويجوز أن يقال: إن مال المفلس مبيع كله، فلا وجه لاحتمال التفريق، انتهى.

ولو قيل: إن الضم ينقص به قيمة أحدهما عن حالة الانفراد جاز التفريق، وإلا فلا، لم يبعد. قال: (**فَإِنْ كَانَتْ حَامِلًا عِنْدَ الرُّجُوعِ دُونَ الْبَيْعِ، أَو عَكْسُهُ، فَالْأَصَحُّ تَعَدِّي الرُّجُوعِ إِلَى الْوَلَدِ**) الصواب أن يقال: فالأظهر، فإن الخلاف في الحالتين قولان في كتبهما وغيرهما، وترجيح تعدي الرجوع إلى الولد في الحالة الأولى مخالف لسائر الأبواب، وإن كان هو المنصوص، وقد بنى الجمهور الخلاف على أن الحمل يعلم، وأيضًا فليس يظهر فارق، فالوجه التسوية بين الأبواب، إما أن يقال: بالرجوع في الجميع أولًا، ولا خفاء أنها لو كانت حاملًا عند البيع والرجوع فيها حاملًا، وأنه لو حدث فيهما فانفصل، فهو للمشتري بلا خلاف.

قال: (**وَاسْتِتَارِ الثَّمَرِ بِكِمَامِهِ وَظُهُورِهِ بِالتَّأْبِيرِ**) أي: وما في حكمه.

(**قَرِيبٌ مِنْ اسْتِتَارِ الْجَنِينِ وَانْفِصَالِهِ، وَأَوْلَى بِتَعَدِّي الرُّجُوعِ**) أي: فتأتي فيه الأحوال الأربعة للولد، لكن لو كانت غير مطلعة عند البيع، ثم كانت مطلعة غير مؤبرة عند الرجوع، فهنا أولى بأن لا يتعدى الرجوع.

وَلَوْ غَرَسَ الْأَرْضَ أَو بَنَى فَإِنْ اتَّفَقَ الْغُرَمَاءُ وَالْمُفْلِسُ عَلَى تَفرِيغِهَا فَعَلُوا وَأَخَذَهَا، ....

تنبيه: قالا: إذا كان عند الشراء غير مطلعة وأطلعت عند المشتري، وكانت يوم الرجوع غير مؤبرة، فالأظهر أنه يأخذ الطلع مع النخل كما يبيع في البيع، وقيل: لا يأخذه قطعًا. ثم ذكر أنه لو تلفت الثمار في هذه الحالة بجائحة أو أكل غيرهما، ثم فلس، فأخذ البائع الشجر بحصته من الثمر، ويضارب بحصة الثمرة، وهو سهو بلا شك، ولذلك قال ابن يونس في شرح «الوجيز»: إذا ثبت الرجوع فيها بوجودها عند الرجوع دون البيع، فإنه لا يطالب بها بشيء، وغلط الإمام الرَّافِعِي في ذلك، انتهى. وقد أوضحته في «المسائل الموصليات».

فرع: لو زَرَعَ الْحَبَّ فَنبَتَ، قَالَ الْإِسْنَوِيُّ: فَالْأَصَحُّ عَلَى مَا يَقْتَضِيهِ كَلَامُ الرَّافِعِي أَنَّهُ يَرْجِعُ، انتهى نقلًا أنه الأصح عند العراقيين، والبغوي أنه يرجع فيهما، وقال الْمُتَوَلِّي: المذهب أنه لا يرجع. قال: وفيه وجه ليس بصحيح.

قلت: ونسبته إلى العراقيين مطلقة مدخولة، فإن المجزوم به في «تعليق القاضي أبي الطيب» و«الشامل»، واختاره الإمام، لكن في «تجربة الرُّويَانِي» أنه لو نبت الحب أو النوى المبيع، ثم أفلس، يرجع البائع بما نبت. نص عليه الشَّافِعِي؛ لأنه عين ماله، قال: وغلط من قال غيره، انتهى.

وأجرى الخلاف فيما لو نجم العصير في يده، ثم تخلل، ثم أفلس، ولو اشترى زرعًا أخضر مع الأرض ففلس، وقد اشتد الحب، فقيل: يطرد الخلاف، وقد يرجع قطعًا، وخص الدَّارِمِي الوجهين بصورة البيض يفرخ، وقال في الحب: لا يرجع وجهًا واحدًا، وكذا ذكره هو أو غيره إذا بيع أخضر، ثم صار حبًّا لا يرجع قولًا واحدًا، وليس الفرق بواضح.

قال: (**وَلَوْ غَرَسَ الْأَرْضَ أَو بنى، واتَّفَقَ الْغُرَمَاءُ وَالْمفْلِسُ عَلَى تَفْرِيغِهَا، فَعَلُوا وَأَخَذَهَا**) لأن الحق لا يعدوهم، والظاهر أن هذا إنما يكون بعد رجوعه في الأرض، وهو قضية كلام الْعِمْرَانِي وغيره، وإلا فقد يوافقهم ثم لا يرجع فيتضرروا به، اللهم إلا أن يكون الخيرة لهم في ذلك، فلا يشترط تقدم

وَإِنْ امْتَنَعُوا لَمْ يُجْبَرُوا، بَلْ لَهُ أَنْ يَرْجِعَ وَيَمْتَلِكَ الْغِرَاسَ وَالْبِنَاءَ بِقِيمَتِهِ، وَلَهُ أَنْ يَقْلَعَ وَيَضْمَنَ أَرْشَ النَّقْصِ، وَالْأَظْهَرُ أَنَّهُ لَيسَ لَهُ أَنْ يَرْجِعَ فِيهَا، وَيَبْقَى الْغِرَاسُ وَالْبِنَاءُ لِلْمُفْلِسِ، ....

رجوعه، وليس له إلزامهم أخذ قيمة الغرس، وإلينا لتملكها مع الأرض؛ لأن المبيع قد سلم له، ثم إذا فعلوا وجب تسوية الحفر في مال المفلس، وإن حدث بالقلع نقص وجب أرشه في ماله.

قال الرَّافِعِي: وتبعه المصنف، قال الشيخ أبو حامد: ويضارب به.

وفي «المهذب» و«التهذيب»: أنه يقدم به، وانتقد عليهما، والذي في تعليق الشيخ أبي حامد والبندنجي والمحاملي والماوردي: أنه يقدم به، وظهر لابن الرِّفْعَة أن محمل نقل الرَّافِعِي على ما إذا فعلوا قبل رجوعه، فإن الْمَاوَرْدِي حكى فيها وجهين؛ لأنه نقص حدث بفعل المشتري، فإذا ضمناه لم يتقدم به البائع يكون أسوة الغرماء، وهذا الحمل بعيد؛ لأنا إنما نتكلم في القلع الذي يحصل بسبب الرجوع.

فرع: لو قال الغرماء: نقلع، وقال المفلس: آخذ القيمة منه ليتملكها، أو بالعكس، أو اختلف الغرماء كذلك، أجيب من وافق قوله: المصلحة.

قال: **(وَإِنْ امْتَنَعُوا لَمْ يُجْبَرُوا)** لأن المشتري بنا وغرس بحق في ملكه.

قال: **(بَلْ لَهُ أَنْ يَرْجِعَ، وَيَمْتَلِكَ الْغِرَاسَ وَالْبِنَاءَ بِقِيمَتِهِ)**؛ تخليصًا لعين ماله، وجمعًا بين المصلحتين.

قال: **(وَلَهُ أَنْ يَقْلَعَ، وَيَضْمَنَ أَرْشَ نقْصِه)** أي: وليس لهم منعه إذ به يندفع الضرر، وهذا خلاف ما لو أفلس بعد زرعه الأرض ورجع البائع فيها؛ فإنه لا يتمكن من تملك الزرع بالقيمة، ولا من قلعه وغرامة أرش نقصه؛ لقرب أمده، والغرس والبناء للتأبيد، وقيل: يقلع فيهما مجانًا كالمستعير ممتنع. ذكره في الأولى: الْمَاوَرْدِي، وفي الثانية: القاضي الحسين.

قال: **(وَالْأَظْهَرُ أَنَّهُ لَيْسَ لَهُ أَنْ يَرْجِعَ فِيهَا، وَيَبْقَى الْبِنَاءُ والْغِرَاسُ لِلْمُفْلِسِ)** أي: لأنه لا ينقص قيمتهما ويضرهم، والضرر لا يزال بمثله، والثاني: له

....

ذلك، كما لو صبغ الثوب يرجع فيه دون الصبغ، ويكون شركًا، وصححه سليم الرازي، والفرق: أن الصبغ كالصفة التابعة للثوب، هذا أصح الطرق، والثاني: تنزيل النصين على حالين.

وفيهما طرق للأئمة، فقيل حيث قال: يرجع أراد ما إذا كانت قيمتهما حقيرة بالإضافة إلى الأرض، وحيث قال: لا يرجع أنه لا يأخذ البناء والغراس مجانًا، وحيث قال: يرجع أراد في البياض المتخلل بينهما، ويضارب بقسط الباقي، وحيث قال: لا يرجع أراد في جميع الأرض، والطريق الثالث في الأصل عن ابن خيران أنه قال للبائع: إن أعطيت قيمة البناء أخذت أرضك، وإن لم تعط ورضيت بالشركة بيع الجميع، وقسم الثمن بالحصص، فلك ذلك، فإن قال المفلس والغرماء: تقلع ويضمن له نقص الأرض أجيبوا، فإن أبوا القلع وأبى البائع دفع القيمة والشركة.

قال الشَّافِعِي: يضرب بالثمن مع الغرماء.

التفريع إذا قلنا: بالأظهر فالبائع مخير بين أن يضارب بالثمن أو يعود إلى بدل قيمتهما أو قلعهما مع غرامة أرش النقص.

قال في حاشية «الروضة»: قولي: **(يعود)** أشار إلى أنه لو امتنع من ذلك ثم مكن، وعن ابن الرِّفْعَة في حاشية «مطلبه»: ينبغي أن يبني على الخلاف في أن حق الرجوع على الفور أم لا؟

فإن قلنا: يرجع فيها على القول الآخر، فيوافق هو والغرماء والمفلس على البيع دفعه فذاك، وطريقة التوزيع ما سبق في الرهن، وإن امتنع لم يجبر على الأظهر، وإذا لم يوافقهم فباعوا البناء والغراس بقي له، ولأنه التملك بالقيمة والقلع مع الأرش، وللمشتري الخيار في البيع إن جهل بحال ما اشتراه.

قال في «الروضة»: هذا الذي ذكرناه هو الذي قطع به الجماهير في الطرق كلها، وهو الصواب المعتمد. وذكر إمام الحرمين في المسألة أربعة أقوال:

أحدها: لا رجوع بحال.

وَلَوْ كَانَ الْمَبِيعُ حِنْطَةً فَخَلَطَهَا بِمِثْلِهَا أَو دُونِهَا فَلَهُ أَخْذُ قَدْرِ الْمَبِيعِ مِنَ الْمَخْلُوطِ،

والثاني: تباع الأرض ويتخير بين ثلاث خصال: يملك البناء والغراس بالقيمة، أو قلعها مع التزام أرش النقص، أو بقاؤهما بأجرة مأخذها ممن ملكها.

وإذا عين خصلة فاختار الغرماء غيرها، أو امتنعوا من الكل، فوجهان: في أنه يرجع إلى الأرض ويقلع مجانًا، أو يخيرون على ما عينه لعله في.

والرابع: إن كانت قيمة البناء أكثر؛ فالبائع فاقد عين ماله، وإن كانت قيمة الأرض أكثر فواحد. هذا نقل الإمام، وتابعه الغزالي وأصحابه على الأقوال الثلاثة الأول، وهذا النقل شاذ منكر، لا يعرف، وليت شعري من أين أخذت هذه الأقوال؟ انتهى.

وذكر الرَّافِعِي نحوه وحاول غيرهما إخراجها من كلام الأصحاب، وليس ببعيد، ولم يرد الإمام أنها منصوص، وعبارة «التعجيز في شرح الوجيز» حاصل ما ذكره الأئمة في المسألة أربعة أقوال.

قلت: والرابع يخرج من الطريقة السابقة في النظر إلى الأكثر قيمة، والله أعلم.

قال: (**وَلَوْ كَانَ الْمبِيعُ حِنْطَةً فَخَلَطَهَا بِمِثْلِهَا أَو دُونِهَا، فَلَهُ**) أي: بعد الفسخ. (**أَخْذُ قَدْرِ الْمبِيعِ مِنْ الْمخْلُوطِ**) لأنه في المثل واحد حكمًا وفي الدون مسامح بعيب حدث بالخلط، وفي قول مخرج من الأجود أنه فاقد فيهما، فعلى الأول له طلب القسمة، وإن ملك البيع لم يجب إليه في الأصح، والمجزوم به في «التتمة» و«الشامل» في الخلط بالأردئ أنه يجاب إلى البيع، ثم نصا وهو أوجه وجعله بعضهم وجهًا ثالثًا.

إشارة: غير الحنطة من المتلفات كالحنطة، نعم؛ في «البيان» عن الشيخ أبي حامد: أنه لو اشترى عنبًا فخلطه بعنب، أو رطبًا فخلطه برطب في رجوع البائع قولان، وجه المنع: أنه لا يمكن إقراره إلا بالقسمة، وقسمته بيع، وبيع بعضه ببعض لا يجوز، ووجه الجواز: أنه إقرار حق. قال أبو حامد: وعندي أن هذين القولين مأخوذان من أن القسمة بيع أو إقرار، إن قلنا: بيع، لم يجر

أَو بِأَجْوَدَ فَلَا رُجُوعَ فِي الْمَخْلُوطِ فِي الْأَظْهَرِ، وَلَوْ طَحَنَهَا أَو قَصَّرَ الثَّوْبَ فَإِنْ لَمْ تَزِدْ الْقِيمَةُ رَجَعَ، وَلَا شَيْءَ لِلْمُفْلِسِ، وَإِنْ زَادَتْ فَالْأَظْهَرُ أَنَّهُ يُبَاعُ، وَلِلْمُفْلِسِ مِنْ ثَمَنِهِ بِنِسْبَةِ مَا زَادَ.

وضارب بالثمن، وإن قلنا: إقرار رجع، وكيفية الرجوع على ما ذكر في «الشامل» الثلاث إذ خلط بمثله، أو بأجود، أو بأردئ منه، انتهى.

قال: (**أَوْ بِأَجْوَدَ، فَلَا رُجُوعَ فِي الْمَخْلُوطِ فِي الْأَظْهَرِ**) أي: بل يضارب بالثمن لتعذر الرجوع إلى العين حقيقةً وحكمًا، أما حقيقة: فظاهر، وأما حكمًا: فللإضرار بخلاف المثل والأردئ، والثاني: يرجع كالمثل، فعلى هذا الأظهر أنه يرجع في المخلوط بنسبة القيمة، وفيه إشكال ظاهر.

والثاني: في ثمنه بنسبتها، والمذهب الأول.

قال الشَّافِعِي في «الأم»: إنه أصح القولين، وبه أقول، وحينئذٍ فمذهبه الجزم بمنع الرجوع. قال الإمام: إذا قلنا: الخلط يلحق المبيع بالمعقود، فكان أحد الخليطين كثيرًا والآخر قليلًا لا يظهر به زيادة في الحس، ويقع مثله بين الكيلين، فإن كان الكبير للبائع فالوجه القطع بكونه واحدًا عين ماله، وإن كان الكبير للمشتري، فالظاهر كونه فاقدًا، وأقره الشيخان، وهو من تصرفه، وطرحه الغزالي فلم يذكره في «البسيط».

قال: (**وَلَوْ طَحَنَهَا أَو قَصَّرَ الثَّوْبَ، فَإِنْ لَمْ تَزِدْ الْقِيمَةُ رَجَعَ، وَلَا شَيْءَ لِلْمُفْلِسِ**)؛ لأن المبيع موجود بلا زيادة، وإن نقصت فليس للبائع غيره إن شاء.

قال: (**وَإِنْ زَادَتْ، فَالْأَظْهَرُ أَنَّهُ يُبَاعُ، وَلِلْمُفْلِسِ مِنْ ثَمَنِهِ بِنِسْبَةِ مَا زَادَ**) أي: بالعمل؛ لأنها زيادة حصلت بفعل محترم متقوم، فوجب حفظه عليه بخلاف الغاصب، وصورة المسألة كما أشرنا إليه أن يحصل الزيادة بسبب القصارة والطحن، فلو حصلت بسبب ارتفاع الأسواق لا بسببهما، فللبائع الرجوع ولا شيء للمفلس معه. وعبارة الشَّافِعِي في «الأم»: ولو باعه حنطة فطحنها، كان فيها قولان، أشبههما عندي - والله أعلم- وبه أقول: أن له أن يأخذ الدقيق ويعطى الغرماء قيمة الطحن؛ لأنه زائد على ماله، انتهى.

لَوْ صَبَغَهُ بِصِبْغَةٍ فَإِنْ زَادَتْ الْقِيمَةُ قَدْرَ قِيمَةِ الصِّبْغِ رَجَعَ، وَالْمُفْلِسُ شَرِيكٌ بِالصَّبْغِ أَو أَقَلَّ فَالنَّقْصُ عَلَى الصَّبْغِ، أَو أَكْثَرَ فَالْأَصَحُّ أَنَّ الزِّيَادَةَ لِلْمُفْلِسِ وَلَوْ اشْتَرَى مِنْهُ الصَّبْغَ وَالثَّوْبَ وَرَجَعَ فِيهِمَا ....

قال في «الروضة»: ويجري القولان فيما إذا اشترى دقيقًا فخبزه، أو لحمًا فشواه، أو شاةً فذبحها، أو أرضًا فضرب من ترابها لبنًا، أو عرصة، وآلات البناء فبنى بها دارًا. قال: وأما تعلم الحرفة وذكر ما قدمناه عنه من التعارض، وبينَّا أن المذهب الطريقة المرجوحة عنده هنا.

إشارة: قوله: **(فَالْأَظْهَرُ أَنَّهُ يُبَاعُ)** قد يفهم منه أنه لو رام البائع إمساك المبيع وإعطاء حصة الزيادة أنه لا يجاب، والصحيح المنصوص إجابته.

قال: **(وَلَوْ صَبَغَهُ بِصِبْغَةٍ)** أي: صبغه المشتري بصبغ نفسه.

(فَإِنْ زَادَتْ الْقِيمَةُ قَدْرَ قِيمَةِ الصِّبْغِ رَجَعَ، وَالْمفْلِسُ شَرِيكٌ بِالصَّبْغِ) إذ المبيع الثوب فقط، مثاله: قيمته أبيض عشرة، وقيمة الصبغ خمسة، فصار قيمته بهما خمسة عشر، فالمفلس شريك بخمسة، وفي كيفية الشركة وجهان:

أحدهما: كل الثوب لبائعه، وكل الصبغ للمفلس كغرسه الأرض، وهو ما في «الشامل». والثاني: يشتركان فيهما جميعًا بالإتلاف؛ لتعذر التمييز.

قال: **(أَوْ أَقَلَّ)** أي: بأن صار مصبوغًا قيمته اثنا عشر مثلًا، وسعر الثوب على حاله **(فَالنَّقْصُ عَلَى الصَّبْغِ)**؛ لأن إجراءه يتفرق وينقص، والثوب موجود بحاله، ولو لم يرد شيئًا كان الثوب للبائع.

قال: **(أو أكثر)** بأن تساوي عشرين مثلًا.

(فَالْأَصَحُّ أَنَّ الزِّيَادَةَ لِلْمُفْلِسِ) بناء على الصبغة، كالقصارة في إعطائها حكم الأعيان، فيجعل الثمن بينهما نصفين، والثاني: أنها أثر، فعلى هذا وجهان: أحدهما: يفوز البائع بالزيادة، فيكون له ثلاثة أرباع الثمن، وللمفلس ربع وأصحهما وبه قال الأكثرون ويكون للبائع ثلثا الثمن وللمفلس ثلثه؛ لأن الصبغة اتصلت بهما فوزعت عليهما.

قال: **(وَلَوْ اشْتَرَى مِنْهُ الصَّبْغَ وَالثَّوْبَ وَرَجَعَ فِيهِمَا)**؛ لأنهما عين ماله.

إِلَّا أَنْ لَا تَزِيدَ قِيمَتُهُمَا عَلَى قِيمَةِ الثَّوْبِ فَيَكُونَ فَاقِدًا لِلصَّبْغِ، وَلَوْ اشْتَرَاهُمَا مِنْ اثْنَيْنِ فَإِنْ لَمْ تَزِدْ قِيمَتُهُ مَصْبُوغًا عَلَى قِيمَةِ الثَّوْبِ فَصَاحِبُ الصِّبْغِ فَاقِدٌ، وَإِنْ زَادَتْ بِقَدْرِ قِيمَةِ الصِّبْغِ اشْتَرَكَا، وَإِنْ زَادَتْ عَلَى قِيمَتِهِمَا فَالْأَصَحُّ أَنَّ الْمُفْلِسَ شَرِيكٌ لَهُمَا بِالزِّيَادَةِ].

قال: **(إِلَّا أَنْ لَا تَزِيدَ قِيمَتُهُمَا عَلَى قِيمَةِ الثَّوْبِ، فَيَكُونَ فَاقِدًا لِلصَّبْغِ)** أي: فيضارب بثمنه؛ لما سبق.

قال: **(وَلَوْ اشْتَرَاهُمَا مِنْ اثْنَيْنِ)** يعني الثوب من زيد، والصبغ من عمرو.

قال: **(فَإِنْ لَمْ تَزِدْ قِيمَتُهُ مَصْبُوغًا عَلَى قِيمَةِ الثَّوْبِ، فَصَاحِبُ الصِّبْغِ فَاقِدٌ)** أي: فيضارب بثمنه.

(وَإِنْ زَادَتْ بِقَدْرِ قِيمَةِ الصِّبْغِ اشْتَرَكَا) أي: كما سبق بيانه.

(وَإِنْ زَادَتْ عَلَى قِيمَتِهِمَا) يعني قيمتي الثوب والصبغ جميعًا.

(فَالْأَصَحُّ أَنَّ الْمُفْلِسَ شَرِيكٌ لَهُمَا بِالزِّيَادَةِ) بناء على أنها عين، والثاني: لا بناء على أن الصبغة أثر.

فرع: حكم صبغ الثوب كالبناء والغراس، لو قال المفلس والغرماء: نقلعه ويغرم نقص الثوب أجيبوا، قاله: ابن كج.

قال الْمُتَوَلِّي: ولو قال البائع: أقلعه وأغرم نقصه، فله ذلك كالبناء، ولا فرق فيما سبق بين الصبغ القابل للفصل وغيره، وقال القاضي أبو حامد: إن الثاني يصير كالقصارة في أنه عين أم أثر.

فرع: جميع ما سبق في الزيادة هو فيما إذا حصلت بسبب الصبغة، فإن كانت ارتفاع السعر، فالظاهر أن الزيادة إن كانت في الثوب فهي لصاحبه، أو في الصبغ فقط فهي لصاحبه، أو فيهما وزعت عليهما بالنسبة.

فروع منثورة نختم بها الباب: منها: قال الْمُتَوَلِّي: لو أخفى ماله، وأظهر العدم، فحجر عليه، وقُسم ماله بين الغرماء، ورجع أرباب الأعيان فيها، ثم بان الحال، فالقسمة صحيحة، وفسخ العقد في الأمتعة نافذ، لأن للحاكم أن يبيع ماله في الديون عند الامتناع، وكذلك الفسخ عند الامتناع مجتهد فيه، فإذا اتصل به حكم الحاكم بالإفلاس نفذ وصح.

....

قلت: وفيه نظر إذا كان الفسخ في الأعيان لمحجورين قد اشتراها بغبطة ظاهرة لهم ونحو ذلك؛ لأن الحاكم إنما بنى الأمر على الظاهر، وقد ظهر خلافه.

ومنها: إذا التزم حمولة في ذمته، ثم سلم دابة لنقلها، ثم أفلس، فإن قلنا: ما تسلمه يتعين فلا فسخ، ويقدم المستأجر بمنفعتها، وإلا فهو كما لو لم يسلم، والوجهان في التعيين عند المراوزة، وصحح الرَّافِعِي التعيين، واختيار القاضي الحسين والإمام والبغوي، وهو خلاف النص.

قال في «الأم»: لو تكارا منه حمولة مضمونة يعني: في الذمة ودفع إبلًا بأعيانها، كان له نزعها وإبدالها، وإن أفلس وثم غرماء غيرهم، ضربوا معهم وحاصرهم، هذا نصه، فهو المذهب، وهو أدق وأقرب إلى القواعد كما قاله بعضهم.

ومنها: عن «الرونق» وفرعه «اللباب»: إنما على المفلس ضربان:

أحدهما: ما لم يلزم بحق الشرع، مثل: النفقة، والكفن.

والثاني: ما يلزم بالمعاملة، فأما ما يلزم بالشرع فإنه يقدم على سائر الديون.

قلت: فيخرج منه أن الفطرة والزكاة المستقرة من زمن متقدم، والحج الفوري، وغير ذلك يقدم على الغرماء، كما صرحوا به فيمن مات ولم يف ماله بالحقين، وبيناه في كتاب «الزكاة» بما فيه من دقاق وخلاف، وقد يشكل على ذلك بيعهم الدار والخادم في الدين دون الفطرة إذا قدمناها عليه.

ومنها: قال في «البيان»: لو كانت السلعة مرهونة لم يرجع فيها ثم إن كانت مرهونة بمثل قيمتها أو أكثر بيعت بحق المرتهن، وإن كانت مرهونة بأقل بيع منها بقدر حق المرتهن، وللبائع الرجوع في باقيها، فإن لم يمكن بيع بعضها بيع جميعها، والذي يقتضيه المذهب أن ما فضل من ثمنها عن حق المرتهن يصرف إلى جميع الغرماء، ولا يقدم به البائع، انتهى، وبالله التوفيق، وأسأله الإعانة.

بَابُ الْحجْرِ

قال المصنف: [مِنْهُ حَجْرُ الْمُفْلِسِ لِحَقِّ الْغُرَمَاءِ، وَالرَّاهِنِ لِلْمُرْتَهِنِ، وَالْمرتهن لِلْوَرَثَةِ، وَالْعَبْدِ لِسَيِّدِهِ، وَالْمُرْتَدِّ لِلْمُسْلِمِينَ، وَلَهَا أَبْوَابٌ[1]: ....

قال الشارح: هو لغة: المنع، وفي الشرع: المنع من التصرف في المال.

وهو نوعان: أحدهما: لحق الحجر.

والثاني: لمصلحة المحجور عليه، وسنتكلم عليهما.

قال: (**مِنْهُ حَجْرُ الْمُفْلِسِ لِحَقِّ الْغُرَمَاءِ**) كما سبق بيانه.

(**وَالرَّاهِنِ لِلْمُرْتَهِنِ**) أي: في المرهون.

(**وَالْمرتهن لِلْوَرَثَةِ**) أي: فيما زاد على الثلث حيث لا دين، وفي جميعهما إن كان عليه دين مستغرق للغرماء.

(**وَالْعَبْدِ لِسَيِّدِهِ**) قال الإمام: وأنكر بعضهم عده من المحجورين؛ لأنه لا ملك ولا أصل له، والمكاتب عندما بقي عليه درهم، فالحجر عليه لسيده، ولحقه، ولحق الله تعالى في قول.

(**وَالْمُرْتَدِّ لِلْمُسْلِمِينَ، وَلَهَا أَبْوَابٌ**) هذا ما ذكره المصنف من أصله:

النوع الأول: وقد أتى الشرح على بعضه، ويأتي شرح باقيه في أبوابه إن شاء الله تعالى. ومن هذا النوع الحجر على السيد لأجل الكتابة والجناية، وعلى الورثة في التركة، وعلى المشتري في السلعة، وجميع ماله حتى يحضر الثمن كما سبق. وعلى من ادَّعى عليه بدين في ماله إذا فهم بحيلة وقد أقام المدعي بينة ولم تزل، كما قاله القاضي الحسين، والمرجح خلافه، وعلى الممتنع من الوفاء مع الغنى إذا التمسه الغرماء من الحاكم؛ لئلا ينقله على أظهر الوجهين عند الرَّافِعِي. والشحيح على نفسه حد الحجر عليه على وجه الأصح خلافه، وسنوضحه فيما بعد.

---

(١) قال في «تحفة المحتاج» (٢٠/٣٠٣): فَقَدْ أَنْهَاهُ بَعْضُهُمْ إِلَى نَحْوِ سَبْعِينَ صُورَةً بَلْ قَالَ الْأَذْرَعِيُّ: هَذَا بَابٌ وَاسِعٌ جِدًّا لَا تَنْحَصِرُ أَفْرَادُ مَسَائِلِهِ، انتهى.

وَمَقْصُودُ الْبَابِ حَجْرُ الصَّبِيِّ وَالْمَجْنُونِ وَالْمُبَذِّرِ، فَبِالْجُنُونِ تَنْسَلِبُ الْوِلَايَاتُ، وَاعْتِبَارُ الْأَقْوَالِ، وَيَرْتَفِعُ بِالْإِفَاقَةِ، ....

قال: (**وَمَقْصُودُ الْبَابِ حَجْرُ الصَّبِيِّ والْمَجْنُونِ وَالْمبَذِّرِ**) هذا النوع الثاني هو الحجر لمصلحة المحجور عليه، والأصل فيه قوله تعالى: ﴿فَإِن كَانَ ٱلَّذِى عَلَيْهِ ٱلْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَن يُمِلَّ هُوَ فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُۥ بِٱلْعَدْلِ﴾ أي: مبذرًا، ولو كبيرًا أو ضعيفًا، أي: صغيرًا أو كبيرًا مختلًا ﴿وَٱسْتَشْهِدُوا۟ شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ﴾ أي: عليَّ ﴿بِٱلْعَدْلِ﴾ [البقرة: ٢٨٢] هكذا فسرها الشَّافِعِي، فأخبر بأن هؤلاء ينوب عنهم أولياؤهم، فدل على ثبوت الحجر عليهم، واحتج بغيرها من الآيات الكريمة.

قال الْمُتَوَلِّي: والبائع الذي له أدنى تمييز ولم يكمل عقله كالصبي المميز، وفيه نظر؛ لأنه إن كان زائل العقل التحق بالمجنون، وإلا فهو مكلف، وتصرفه صحيح، فإن بدر فلسه وجعل القاضي الحسين من هذا النوع النائم والأخرس الذي لا يفهم، وفيه نظر، إذ النائم لا يتصرف عليه أحد في حال نومه، وأما الأخرس المذكور فإنه لا يعقل، فإن احتيج إلى مقام قام الولي مقامه، فينبغي أن يكون هو الحاكم، وحكى الإمام وجهين في أن الرشيد إذا كان يعين في بعض التصرفات هل للقاضي الحجر عليه ولم أر فيهما ترجيحًا، ويحتمل أن ينظر إلى الأغلب، وأن يقطع بالحجر فيه، ولعل الخلاف فيما إذا قل ما تعين فيه، فإن كان كذلك فالراجح المنع، وإن استويا ففيه احتمال.

قال: (**فَبِالجُنُونِ تَنْسَلِبُ الْوِلَايَاتُ**) أي: كلها بمجرد الجنون؛ لأنه إذا لم يدبر أمر نفسه، فغيره أولى بالمنع.

قال: (**وَاعْتِبَارُ الْأَقْوَالِ**) أي: له وعليه، وهذا مطرد، وأما الأفعال فمنها ما هو معتبر كإتلاف مال الغير وغيره كما هو مبين في موضعه.

قال: (**وَيَرْتَفِعُ**) أي: حجر الجنون.

(**بِالْإِفَاقَةِ**) أي: بمجردها من غير فك ومن غير اقتران شيء آخر، واعتبر في «التنبيه» مع أن يؤنس منه الرشد قبل ذلك، فإن أراد المصنف ارتفاع الحجر مطلقًا، فلا بدَّ من ذلك إلا أن يكون قد علم رشده قبل جنونه، أما لو جن وهو

وَحَجْرُ الصَّبِيِّ يَرْتَفِعُ بِبُلُوغِهِ رَشِيدًا، وَالْبُلُوغُ بِاسْتِكْمَالِ خَمْسَ عَشْرَةَ سَنَةً، ....

صبي، أو بعد بلوغه وقبل إيناس رشده، أو بعد ظهور سفهه، ثم جن، فلا بدَّ بعد إفاقته من تبين رشده، وإن أراد حجر الجنون يرتفع بالإفاقة مطلقًا، فالباقي حيث لا رشد سابق ولا لاحق الحجر السفه، فلا معنى لاعتبار الرشد مع الإفاقة في ارتفاع حجر الجنون، وعلى هذا نزلت كلام المصنف، وهو واضح وظاهر.

لك عبارة «المحرر»، وكذا لك، قال صاحب «تهذيب المحرر» وغيره: ويرتفع حجر الجنون بالإفاقة.

قال: (**وَحَجْرُ الصَّبِيِّ يَرْتَفِعُ بِبُلُوغِهِ رَشِيدًا**)؛ لقوله تعالى: ﴿**وَابْتَلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ ۖ وَلَا تَأْكُلُوهَا إِسْرَافًا وَبِدَارًا أَن يَكْبَرُوا ۚ وَمَن كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ ۖ وَمَن كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ ۚ فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ فَأَشْهِدُوا عَلَيْهِمْ ۚ وَكَفَىٰ بِاللَّهِ حَسِيبًا ﴿٦﴾**﴾ [النساء: ٦] والابتلاء: الامتحان والاختبار، والمراد ببلوغ النكاح التأهل له بالبلوغ كيف كان.

وإيناس الرشد: العلم به وأصله الإبصار، ومنه: ﴿**آنَسَ مِن جَانِبِ الطُّورِ نَارًا**﴾ [القصص: ٢٩]: أي أبصر، والرشد: ضد الغي.

وفي سنن أبي داود: «**ولا يتم بعد احتلام**»[١] وفي صحيح مسلم أن ابن عباس - رضي الله عنهما - كتب إلى نجدة الحروري: «**لا ينقطع اسم اليتم حتى يبلغ ويؤنس منه الرشد**»[٢] وكأن المراد حكم اليتيم لا حقيقة اسمه.

إشارة: كصغر الصبي في كلام المصنف بفتح الصاد وكسر الباء، وأما حجر الصبي بكسر الصاد، فيرتفع بمجرد البلوغ، وقد أطلقا وغيرهما المسألة.

وفي وصايا «الحاوي»: أنه إذا كان الولي أبًا انفك حجره بظهور رشده من غير حاكم، وأن الولي أمين الحاكم لم ينفك حجره إلا بحكم الحاكم، وإن كان وصيًّا لأب أو جد فوجهان اعتبارًا بالأب أم بالأمين.

(**وَالْبُلُوغُ بِاسْتِكْمَالِ خَمْسَ عَشْرَةَ سَنَةً**) أي: قمرية، صرح به «المحرر» لما

(١) أخرجه أبو داود (٣/ ١١٥، رقم ٢٨٧٣)، والبيهقى (٦/ ٥٧، رقم ١١٠٩١).
(٢) أخرجه مسلم (٤٧٨٩) وأبو عوانة في مسنده (٣/ ٣٣٣).

أَو خُرُوجِ الْمَنِيِّ، ....

في صحيح ابن حبان عن ابن عمر - رضي الله عنهما - قال: «**عُرضتُ على النبي ﷺ وأنا ابن أربع عشرة سنة، فلم يجزني، ولم يرني بلغت، وعُرضتُ عليه، وأنا ابن خمس عشرة سنة فأجازني**»(١)، وأصله في «الصحيحين». وقيل: نقله الْمُتَوَلِّي قولًا منصوصًا أنه يبلغ بالطعن في الخامسة عشرة؛ لصدق التسمية.

وقال الشيخ أبو علي والبغوي: إن أصح الوجهين أنه لا يكفي الطعن فيها، بل لا يحكم ببلوغه حتى يستكملها ويطعن في السادسة عشرة. وقيل: يكفي مضي نصف الخامسة عشرة، فعلى المذهب: لو نقصت الخمس عشرة يومًا لم يحكم ببلوغه، نص عليه الشَّافِعِي، وكذلك قال المصنف في «ضوابطه»: إنه تحديد لا تقريب.

قال: (**أَوْ خُرُوجِ الْمنِيِّ**) لقوله تعالى: ﴿وَإِذَا بَلَغَ ٱلْأَطْفَٰلُ مِنكُمُ ٱلْحُلُمَ فَلْيَسْتَـْٔذِنُوا۟ كَمَا ٱسْتَـْٔذَنَ ٱلَّذِينَ مِن قَبْلِهِمْ﴾ [النور: ٥٩] وللحديث السابق، وحديث: «**رفع القلم عن ثلاث عن الصبي حتى يحتلم**» وفي لفظ: «**حتى يبلغ**»(٢) وقيل: لا يكون بلوغًا للنساء، وزيف، وجزم به صاحب «الرونق» في باب الحيض، فأما الخنثى المشكل: فإن أمنى بأحد فرجيه، أو حاض وأمنى بفرج، فقطع صاحب «الجمهور» أنه ليس ببلوغ.

قال الرَّافِعِي: والحق ما قاله الإمام أنه ينبغي أن يحكم ببلوغه بأحدهما، ثم إن ظهر خلافه غير بالحكم.

قلت: تغيير الحكم فيما يمكن من الأقوال والأفعال التي ينقل معها الحياة ظاهر، لكن إذا حكمنا بالبلوغ رتبنا عليه أمارة من القتل قودًا، وردة وغيرهما مع بقاء الشك في البلوغ، وفيه بعد فتأمله!

وقال الْمُتَوَلِّي: إذا أنزل من ذكره أو خرج الدم من فرجه مرة لم يحكم

---

(١) أخرجه مسلم (٤٩٩) وابن حبان (٢٧٢٨).

(٢) أخرجه أحمد (١/ ١٥٤، رقم ١٣٢٧) وأبو داود (٤/ ١٤٠، رقم ٤٤٠٢) والنسائي في الكبرى (٤/ ٣٢٤) والحاكم (٤/ ٤٣٠، رقم ٨١٦٩).

وَوَقْتُ إِمْكَانِهِ اسْتِكْمَالُ تِسْعَ سِنِينَ، ....

ببلوغه بأحدهما، فإن تكرر حكم به. قال الشيخ: وهو حسن، وإن كان غريبًا.

قال الدَّارِمِي: إن الشَّافِعِي نص أنه لا حكم بحيضة ومنية فعل بظاهره، وقيل: إذا اجتمعا بعد بلوغه.

إشارة: إطلاقهم يفهم أنه لا فرق بين خروجه من طريقه المعتاد وغيره مع السداد الأصلي وانفتاحه، ولم أر نصًّا.

قال: (**وَوَقْتُ إِمْكَانِهِ اسْتِكْمَالُ سبْعَ سِنِينَ**) أي: قمرية للاستقراء وقيل نصفها. قال الإمام في باب الحيض: إنه ظاهر النص.

تنبيه: قال شارح: الأوجه المذكورة في الصبي، أما الصبية فوقت إنزالها كوقت حيضها. قاله: الْمُتَوَلِّي.

قال: وفي الغلام ثلاثة أوجه: أول التاسعة، وسطها آخرها، وهو الأصح، فافهم ذلك، فإن كلام المصنف يوهم استوائهما في ذلك.

قال: ومقصوده أنهما مستويان في البلوغ، فخروج الكلام موهم أيضًا، انتهى.

وهذا عجب، وكلام «الدقائق» مصرح باستوائهما، وأنه المذهب، وهو قضية ما في «الروضة» وشرحي الرَّافِعِي، وهو متابع «للتهذيب».

وعبارة «الكافي»: وجه إنزال المني من الرجل أو المرأة في النوم أو اليقظة بعد استكمال تسع سنين.

وقال صاحب «التعجيز» في شرحه للوجيز: قال الْمَاوَرْدِي: إمكان الاحتلام في الجارية باستكمال تسع سنين، وفي الغلام عشر سنين، وفيه وجه أنه باستكمال التسع أيضًا، ولم يذكر الْبَغَوِي غيره، انتهى.

ثم رأيت الْمَاوَرْدِي قال في كتاب «اللعان»: إن أبا حامد جعل أقل زمن الاحتلام تسع سنين، وحمل كلام الشَّافِعِي في العشر على أنها للحوق الولد تفريعًا، وذهب سائر أصحابنا متقدموهم ومتأخروهم إلى أن أقل زمان الاحتلام عشر سنين، وأنه لا فرق فيه بين الغلام والجارية، انتهى.

وَنَبَاتُ الْعَانَةِ يَقْتَضِي الْحُكْمَ بِبُلُوغِ وَلَدِ الْكَافِرِ لَا الْمُسْلِمِ فِي الْأَصَحِّ، ....

قال: (**وَنَبَاتُ الْعَانَةِ**) أي: وهو الشعر الخشن.

(**يَقْتَضِي الْحُكْمَ بِبُلُوغِ وَلَدِ الْكَافِرِ**) لما في «السنن الأربعة» عن عطية القرظي رضي الله عنه: «**عُرضنا على النبي ﷺ يوم قريظة، فكان من أنبت قتل، ومن لم ينبت خُلي سبيله، فكنت فيمن لم ينبت فخلي سبيلي**»[1] قال الترمذي: حسن صحيح.

قال: (**لَا الْمسْلِمِ فِي الْأَصَحِّ**) لسهولة مراجعة الآباء فيه، ولاتهامه فيه، فربما يداوى ليكمل بخلاف الكافر؛ لأنه يقتل أو يضرب عليه الجزية، والثاني: نعم، والخلاف مفرع على أنه علامة في حق الكافر كما هو المذهب، فإن جعلناه بلوغًا فكذلك هنا، ومنهم من حكى هذا الخلاف قولين.

تنبيهات وتتمات: المراد بالعانة: الشعر الخشن الذي يحلق بالموس كما أشرت إليه، أما الزغب والشعر الخفيف الذي قد يوجد في الصغير، فلا أثر له.

والعانة: ما حول القُبُل. وقال ابن سُرَيْج: ما حول الدبر وهو المشهور، وهو غريب، ولعل كل عانة، ويجوز النظر إليها عندَ الحاجة على الصحيح، وقيل: يمس من فوق حائل، وقيل: يلصق بها شمع ونحوه. وقال الدَّارِمِي: إن شهد أربع عدول أي: من النساء على إنباتها وتحيضها قبل. قال: والخنثى إن أنبت على فرجيه كان بلوغها هل الإنبات بلوغ أو دليل عليه؟ قولان أظهرهما الثاني، ونسبه الْمَاوَرْدِي إلى الجديد، وقيل: علامة قطعًا، وإليه أشار المصنف بقوله: (**يقتضي**) ومعناه أنا نستدل به بلغ بالاحتلام أو بالسن، ولهذا لو تحققنا إنزاله دون خمس عشرة سنة، أو قامت به بينة، فلا أثر للإنبات، نصَّ عليه الشَّافِعِي، هكذا ذكره شارح.

وقال ابن الرِّفْعَة: حيث جعلنا الإنبات علمًا على البلوغ، فالمراد به البلوغ بالاحتلام، وقد أشار إليه المحاملي، والمجموع، فيكون ذلك سن البلوغ بالاحتلام، وقد أشار إليه الرافعي أي: وغيره، ثم قال: والاعتماد على الاستقراء كالحيض.

---

(١) أخرجه الترمذي (١٦٨٠) قَالَ أَبُو عِيسَى: هَذَا حَدِيثٌ حَسَنٌ صَحِيحٌ. وَالْعَمَلُ عَلَى هَذَا عِنْدَ بَعْضِ أَهْلِ الْعِلْمِ أَنَّهُمْ يَرَوْنَ الإِنْبَاتَ بُلُوغًا إِنْ لَمْ يُعْرَفِ احْتِلَامُهُ وَلَا سِنُّهُ وَهُوَ قَوْلُ أَحْمَدَ وَإِسْحَاقَ.

....

مطلب: وعن «التتمة»: أن الغلام إذا أنزل المني قبل الطعن في العاشرة لا يكون بلوغًا، وأن الإنبات في السنة التاسعة يكون بلوغًا، انتهى.

ولم أر ما ذكره عن «التتمة» هنا، لو قال الكافر: تعجلت الإنبات لم يقبل في دفع الجزية وتقبل بيمينه في دفع القتل عنه؛ لخطر الدم، وأفاد ابن الرِّفْعَة: أن قبول قوله في الاستعجال وسماع البينة إنما هو غالى بقوله بأنه أمارة على البلوغ على القول بأنه بلوغ، فلا إذا جعلناه علامة في حق الكفار فقط.

قال الْجُورِيُّ: إنه علامة في حق الرجال دون النساء؛ لأنهن لا يقتلن إذا سبين.

وقال ابن خيران: هو علامة في الرجال والنساء؛ لأنه لا تختص بالقتل بل يلتزم به سائر الفرائض، وهذا ما صرح به الإمام والعراقيون.

وحيث جعلناه علامة فالظاهر أنه علامة على أحد الأمرين لا بعينه الإنزال أو الاحتلام، وفي «الحاوي» ما يقتضي أنه علامة على الإنزال عينًا، وفي كلام المحاملي أنه علامة على خمس عشرة سنة، هكذا نقله شارح ثقة، وسبق عن ابن الرِّفْعَة إشارة عن المحاملي ما يخالفه.

واعلم أن عبارة الجمهور أن الإنبات علامة في حق الكافر دون المسلم، وعبارة الْجُورِيُّ أنه علامة في دار الحرب دون دار الإسلام، وقصة قريظة تدفعه إذا كانت بالمدينة، واقتصار المصنف على العانة يفهم أنه لا عبرة بالشارب واللحية وشعر الإبط.

قال في «الروضة»: وقيل: إنه كالعانة، وقيل: لا أثر له قطعًا، وألحق الْبَغَوِي الإبط فقط بالعانة، انتهى.

وسوى القاضي بين الجميع، قال الإمام: وهو أقوى دلالة من العانة؛ لأنها تتأخر في الغالب عن البلوغ بخلاف شعر العانة، فإنه ينبت في مفتتح تحرك الشهوة، ولذلك قال الغزالي في «البسيط»: إن الأمر كما قال القاضي.

قلت: وهو الأقوى والمختار، وإن قال الْمُتَوَلِّي وغيره: إن الصحيح أنه لا

وَتَزِيدُ الْمَرْأَةَ حَيْضًا وَحَبَلًا وَالرُّشْدُ صَلَاحُ الدِّينِ وَالْمَالِ، ....

نظر إلى شعر الإبط، ولفظه: قال الْمُتَوَلِّي: ولا ينبني الحكم على نبات الشارب واللحية على ظاهر المذهب؛ لأن ذاك لا يقترن بالبلوغ عادة، بل الغالب التأخر، وقد ينبت شعر الشارب للأطفال بادرًا، وفيه وجه أن ذلك من أمارات البلوغ؛ لأنه لا يكون إلا بعد البلوغ في غالب الأحوال، انتهى.

وكلامه ظاهر في إنبات اللحية دال على تقدم البلوغ عليها، لا أنه لا يقتضي لذي اللحية بالبلوغ أصلًا إذا لم يكن له عانة، ولا أثر لثقل الصوت، وانفراق الأرنبة، ونتق طرف الحلقوم، وقيل: على الخلاف.

قال: (**وَتَزِيدُ الْمَرْأَةَ حَيْضًا وَحَبَلًا**) أما الحيض فبالإجماع، وأما الحبل فذكره جماعة، وهو وجه ذكره الْمَاوَرْدِي لا يعلم تقدم البلوغ عليه لأمرين؛ لأنه لا يكون إلا من مائهما، وبه نعلم تقدم البلوغ على الوضع.

قال الرَّافِعِي: بستة أشهر وشيء، قال ابن الرِّفْعَة قوله: وشيء، فيه نظر، والذي في «المهذب» وغيره ستة أشهر فقط.

قلت: والمذكور في «التهذيب» و«الكافي» الأول.

قالا: هذا في ذات زوج، فإن كانت مطلقة وأتت بمن يلحقه حكم ببلوغها قبل الطلاق، حتى لو ولدت لدون أربع سنين حكم ببلوغها قبل الطلاق.

فرع: لو ولدت زوجة صبي يمكن لحوقه به كما سيأتي لحقه، وهل يحكم ببلوغه؟ قولان:

ثانيهما: لا؛ لأن الولد يلحق بالإمكان مع الفراش بخلاف البلوغ، وهما جاريان في استقرار المهر بذلك، والظاهر أنه لا يرجم لو زنا حتى يتحقق بلوغه، وفيه شيء لا يحضرني الآن.

قال: (**وَالرُّشْدُ صَلَاحُ الدِّينِ وَالْمَالِ**) كذا فسَّر ابن عباس والحسن ومجاهد قوله تعالى: ﴿فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا﴾ [النساء: ٦] هذا ظاهر المذهب.

قال الْمُتَوَلِّي: وفيه وجه آخر لأصحابنا، وهو مذهب أبي حنيفة ومالك - رحمهما الله تعالى - أنه إذا بلغ مصلحًا لماله حافظًا له يزول الحجر عنه،

فَلَا يَفْعَلُ مُحَرَّمًا يُبْطِلُ الْعَدَالَةَ، وَلَا يُبَذِّرُ بِأَنْ يُضَيِّعَ الْمَالَ بِاحْتِمَالِ غَبْنٍ فَاحِشٍ فِي الْمُعَامَلَةِ أَو رَمْيِهِ فِي بَحْرٍ أَو إِنْفَاقِهِ فِي مُحَرَّمٍ، وَالْأَصَحُّ أَنَّ صَرْفَهُ فِي الصَّدَقَةِ، وَوُجُوهِ الْخَيْرِ وَالْمَطَاعِمِ وَالْمَلَابِسِ الَّتِي لَا تَلِيقُ بِحَالِهِ لَيْسَ بِتَبْذِيرٍ[١].

ويدفع إليه ماله، وإن كان مفسدًا لدينه؛ لأن قوله تعالى: ﴿رَشَدًا﴾ يكون في الإثبات، فيقتضي رشدًا واحدًا، وقد وجد، وهو إصلاح المال وبهذا الوجه أفتى القاضي ابن رزين، وقاله ابن عبد السلام في «القواعد»، وأكثر الخلق كذلك، والمذهب الأول، ويعتبر في الكافر ما هو صلاح عندهم دينًا ومالًا.

قال: (**فَلَا يَفْعَلُ مُحَرَّمًا يُبْطِلُ الْعَدَالَةَ**) أي: وإن لم يتعلق بالمال كسبة وقذف، فلا يعتبر التأهل لقبول الشهادة، وحكى الْمَاوَرْدِي في اعتبار تأهله لقبول الشهادة وجهين، والأقرب إلى نص «المختصر» اعتباره.

ونص الْبُوَيْطِي: الرشد - والله أعلم - صلاح الذي يكون الشهادة به جائزة إلى آخره وهما مئولان، وقال الْجُرْجَانِي والجُوري قبله الشرط إلا أن يرتكب حرامًا يخاف معه ضياع المال، كالزنا واللواط والسرقة والغصب، لا كالكذبة والغيبة والنميمة، والصحيح المنصوص الأول.

قال: (**وَلَا يُبَذِّرُ بِأَنْ يُضَيِّعَ الْمالَ بِاحْتِمَالِ غَبْنٍ فَاحِشٍ فِي الْمعَامَلَةِ، أَو رَمْيِهِ فِي بَحْرٍ، أَو إِنْفَاقِهِ فِي مُحَرَّمٍ**) أي: صغيرة وكبيرة؛ لدلالة الأولين على قلة العقل، والثالث على قلة الدين.

إشارات: إنما يكون احتمال الغبن الفاحش تبذيرًا إذا وقع جهلًا كما أشرنا إليه، أما لو وقع الجهل بمواقع الحقوق، والسرف الجهل بمقادير الحقوق، وأفهم كلام الغزالي وغيره أنهما واحدة، ولو أبدل المصنف الإنفاق بالإضاعة أو الإخراج ونحوهما لكان أولى؛ لأنه يقال فيما أخرج في طاعة: أنفقت، وفي مكروه ومعصية: ضيعت وغرمت وخسرت.

قال: (**وَالْأَصَحُّ أَنَّ صَرْفَهُ فِي الصَّدَقَةِ، وَوُجُوهِ الخَيْرِ وَالْمطَاعِمِ وَالْملَابِسِ الَّتِي لَا تَلِيقُ بِحَالِهِ لَيْسَ بِتَبْذِيرٍ**) ينبغي الجزم بأن السرف في الصدقة ووجوه

---

(١) قال في «تحفة المحتاج» (٢٠/ ٣٣٤): (وَالرُّشْدُ صَلَاحُ الدِّينِ وَالْمَالِ) مَعًا كَمَا فَسَّرَ بِهِ ابْنُ =

....

الخير ليس بتبذير، وكذلك صنع الْمُتَوَلِّي؛ لأن فيه غرضًا صالحًا، وهو الثواب، ويحتمل أن يفرق بين من يصبر على الضر والإضاقة وبين غيره، فلا يكون الأول مبذرًا قطعًا. وعن الشيخ أبي محمد: أنه إن بلغ وهو ينفق في ذلك فمبذر؛ لأنه يوقعه في الاحتياج، وإن عرض بعد بلوغه مقتصدًا، فلا.

وأما الصرف في المطاعم والملابس التي لا تليق بحاله فقال الإمام والغزالي: هو مبذر، ونسب الرَّافِعِي إلى الأكثرين المنع، وبه أجاب الرُّويَانِي في («التجربة») وأرسل الْمَاوَرْدِي وغيره الوجهين بلا ترجيح، والمختار الأقوى

=

عَبَّاسٍ وَغَيْرُهُ الْآيَةَ السَّابِقَةَ وَوَجْهُ الْعُمُومِ فِيهِ مَعَ أَنَّهُ نَكِرَةٌ مُثْبَتَةٌ وُقُوعُهُ فِي سِيَاقِ الشَّرْطِ قَالُوا وَلَا يَضُرُّ إطْبَاقُ النَّاسِ عَلَى مُعَامَلَةِ مَنْ لَا يُعْرَفُ حَالُهُ مَعَ غَلَبَةِ الْفِسْقِ؛ لِأَنَّ الْغَالِبَ عُرُوضُ التَّوْبَةِ فِي بَعْضِ الْأَوْقَاتِ الَّتِي يَحْصُلُ فِيهَا النَّدَمُ فَيَرْتَفِعُ الْحَجْرُ بِهَا ثُمَّ لَا يَعُودُ بِعَوْدِ الْفِسْقِ وَيُعْتَبَرُ فِي وَلَدِ الْكَافِرِ مَا هُوَ صَلَاحٌ عِنْدَهُمْ دِينًا وَمَالًا.

قَالَ ابْنُ الصَّلَاحِ وَلَا يَلْزَمُ شَاهِدَ الرُّشْدِ مَعْرِفَةُ عَدَالَةِ الْمَشْهُودِ لَهُ بَاطِنًا فَلَا يَكْفِي مَعْرِفَتُهَا ظَاهِرًا وَلَوْ بِالِاسْتِفَاضَةِ وَإِذَا شَرَطْنَا صَلَاحَ الدِّينِ (فَلَا يَفْعَلُ مُحَرَّمًا مَا يُبْطِلُ الْعَدَالَةَ) بِارْتِكَابِ كَبِيرَةٍ مُطْلَقًا أَو صَغِيرَةٍ وَلَمْ تَغْلِبْ طَاعَاتُهُ مَعَاصِيَهُ وَخَرَجَ بِالْمُحْرِمِ خَارِمُ الْمُرُوءَةِ فَلَا يُؤَثِّرُ فِي الرُّشْدِ وَإِنْ حَرُمَ ارْتِكَابُهُ لِكَوْنِهِ تَحَمَّلَ شَهَادَةً؛ لِأَنَّ الْحُرْمَةَ فِيهِ لِأَمْرٍ خَارِجٍ (وَ) إذَا شَرَطْنَا صَلَاحَ الْمَالِ لَمْ يَحْصُلْ إلَّا إنْ كَانَ بِحَيْثُ (لَا يُبَذِّرُ بِأَنْ يُضَيِّعَ الْمَالَ) أَيْ: جِنْسِهِ (بِاحْتِمَالِ غَبْنٍ فَاحِشٍ) وَسَيَأْتِي فِي الْوَكَالَةِ بِخِلَافِ الْيَسِيرِ (فِي الْمُعَامَلَةِ) كَبَيْعِ مَا يُسَاوِي عَشَرَةً بِتِسْعَةٍ؛ لِأَنَّهُ يَدُلُّ عَلَى قِلَّةِ عَقْلِهِ وَمِنْ ثَمَّ لَوْ أَرَادَ بِهِ الْمُحَابَاةَ وَالْإِحْسَانَ لَمْ يُؤَثِّرْ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِتَضْيِيعٍ وَلَا غَبْنٍ وَلَوْ كَانَ بِغَبْنٍ فِي بَعْضِ التَّصَرُّفَاتِ لَمْ يُحْجَرْ عَلَيْهِ كَمَا رَجَّحَهُ الْقَمُولِيُّ لِبُعْدِ اجْتِمَاعِ الْحَجْرِ وَعَدَمِهِ، لَكِنَّ الَّذِي مَالَ إلَيْهِ الْأَذْرَعِيُّ اعْتِبَارُ الْأَغْلَبِ (أَوْ رَمْيُهُ) وَلَوْ فَلْسًا، وَظَاهِرُ كَلَامِهِمْ أَنَّهُ لَا يَلْحَقُ بِهِ الِاخْتِصَاصُ فِي هَذَا وَهُوَ مُحْتَمَلٌ وَيُحْتَمَلُ خِلَافُهُ (فِي بَحْرٍ) لِقِلَّةِ عَقْلِهِ (أَوْ إنْفَاقِهِ) وَلَوْ فَلْسًا أَيْضًا (فِي مُحَرَّمٍ) فِي اعْتِقَادِهِ وَلَوْ فِي صَغِيرِهِ وَالْإِنْفَاقُ هُنَا مَجَازٌ عَنْ خُسْرٍ أَو غُرْمٍ أَو ضَيْعٍ إذْ هَذَا هُوَ الَّذِي يُقَالُ فِي الْمَخْرَجِ فِي الْمَعْصِيَةِ.

(وَالْأَصَحُّ أَنَّ صَرْفَهُ فِي الصَّدَقَةِ وَوُجُوهِ الْخَيْرِ) عَامٌّ بَعْدَ خَاصٍّ (وَالْمَطَاعِمِ وَالْمَلَابِسِ) وَالْهَدَايَا (الَّتِي لَا تَلِيقُ) بِهِ (لَيْسَ بِتَبْذِيرٍ)؛ لِأَنَّ لَهُ فِيهِ غَرَضًا صَحِيحًا هُوَ الثَّوَابُ أَو التَّلَذُّذُ وَمِنْ ثَمَّ قَالُوا لَا سَرَفَ فِي الْخَيْرِ كَمَا لَا خَيْرَ فِي السَّرَفِ وَفَرَّقَ الْمَاوَرْدِيُّ بَيْنَ التَّبْذِيرِ وَالسَّرَفِ بِأَنَّ الْأَوَّلَ الْجَهْلُ بِمَوَاقِعِ الْحُقُوقِ وَالثَّانِيَ الْجَهْلُ بِمَقَادِيرِهَا. وَكَلَامُ الْغَزَالِيِّ يَقْتَضِي تَرَادُفَهُمَا وَيُوَافِقُهُ قَوْلُ غَيْرِهِ حَقِيقَةُ السَّرَفِ مَا لَا يَقْتَضِي حَمْدًا عَاجِلًا وَلَا أَجْرًا آجِلًا وَلَا يُنَافِي مَا هُنَا عَدُّ الْإِسْرَافِ فِي النَّفَقَةِ مَعْصِيَةً؛ لِأَنَّهُ مَفْرُوضٌ فِيمَنْ يَقْتَرِضُ لِذَلِكَ مِنْ غَيْرِ رَجَاءِ وَفَاءٍ مِنْ جِهَةٍ ظَاهِرَةٍ مَعَ جَهْلِ الْمُقْرِضِ بِحَالِهِ.

وَيُخْتبَرُ رُشْدُ الصَّبِيِّ وَيَخْتَلِفُ بِالْمَرَاتِبِ فَيُخْتَبَرُ وَلَدُ التَّاجِرِ بِالْبَيْعِ وَالشِّرَاءِ وَالْمُمَاكَسَةِ فِيهِمَا، وَوَلَدُ الزُّرَّاعِ بِالزِّرَاعَةِ وَالنَّفَقَةِ عَلَى الْقَوَامِ بِهَا، ....

الأول، وهو قضية كلام الصيدلاني والفوراني؛ لقوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ إِذَآ أَنفَقُواْ لَمۡ يُسۡرِفُواْ﴾ [الفرقان: ٦٧] وحملها على المعاصي فقط بعيد، ودعوى إباحة ذلك ممنوعة، لا سيما لمن لا يصبر على الإضاقة. وقد ذكر القاضي الحسين، وفي «البسيط» و«الوسيط» في قسم الصدقات في صنف الغارمين أن الإسراف في الإنفاق معصية، وعليه جرى الشيخان هناك في «الشرحين» و«الروضة»؛ لأن أهل العرف ينفون الرشد عنه، نعم، إن كان ذلك لمصلحة لا يذم عليها عرفًا ينافي ذلك الرشد. وحقيقة السرف: ما لا يكسب حمدًا في العاجل ولا أجرًا في الآجل.

فرع: قال الدرامي: إذا بلغ فشرب النبيذ الذي تبيحه الحنفية، فإن كان حنفيًّا حُدَّ، ولا يفسق، ويدفع إليه ماله، وإن كان شافعيًّا قال المروزي: أفسقه، وقال ابن أبي هريرة: لا أفسقه.

قلت: والمختار الأول، وقياس ما ذكره أن يأتي ما ذكره في المطاعم التي لا تليق به، فيقال: لو اعتقد إباحتها مذهبًا أو تقليدًا لم يكن مبذرًا، وإن اعتقد حظرها للسرف كان مبذرًا، وإن لم يكن متمذهبًا فإن فعله فخرًا وبطرًا ومماراة للسفهاء كان مبذرًا، أو تلذذًا لأعتبر فتردد، ويظهر إلحاق الصرف في المكروهات بالنسبة إلى إدامة الحجر بالصرف في المحرمات.

قال: (**وَيُخْتَبَرُ رُشْدُ الصَّبِيِّ**) أي: في الدين والمال؛ لقوله تعالى: ﴿وَٱبۡتَلُواْ ٱلۡيَتَٰمَىٰ﴾ [النساء: ٦] أي: اختبروهم. أما في الدين: ففي محافظته على أداء الواجبات، واجتناب المحرمات، وتوقي الشبهات، ومخالطة أهل الخير، ونحو ذلك، وأما في المال: فقال المصنف: (**وَيَخْتَلِفُ بِالمَرَاتِبِ فَيُخْتَبَرُ وَلَدُ التَّاجِرِ بِالْبَيْعِ وَالشِّرَاءِ**) أي: كما سنذكره.

(**وَالْمماكَسَةِ فِيهِمَا**) أي: وهي طلب الزيادة عما يبدله المشتري، والنقص عما يطلبه البائع.

(**وَوَلَدُ الزُّرَّاعِ بِالزِّرَاعَةِ وَالنَّفَقَةِ عَلَى الْقَوَامِ بِهَا**) أي: الأُجراء والعبيد

وَالْمُحْتَرِفُ بِمَا يَتَعَلَّقُ بِحِرْفَتِهِ، وَالْمَرْأَةُ بِمَا يَتَعَلَّقُ بِالْغَزْلِ وَالْقُطْنِ[١] وَصَوْنِ الْأَطْعِمَةِ عَنْ الْهِرَّةِ وَنَحْوِهَا، ....

القائمين بها، **(وَالْمحْتَرِفُ بِمَا يَتَعَلَّقُ بِحِرْفَتِه، وَالْمَرْأَةُ بِمَا يَتَعَلَّقُ بِالْغَزْلِ وَالْقُطْنِ)** أي: في نبتها إن كانت محددة، وإن كانت برزة ففي بيع الغزل وشراء القطن.

(وَصَوْنِ الْأَطْعِمَةِ عَنْ الْهِرَّةِ وَنَحْوِهَا) لأن بما ذكره ونحوه يميز حفظه المال وعدم الانخداع.

إشارة: ذكر الشيخ اختباره في دنياه، ولا بد منه في أمر دينه كما أشرنا إليه.

قال الْمَاوَرْدِي: ويُراعى الأمران بمن يصاحبه ربما نسيه، ويختبر كل من النوعين مما يليق به، فلا يختبر ثياب الملوك والعظماء بما ذكره من الغزل وصون الأطعمة، بل بما ينصرف فيه أمثالها، وكذا يتوهم كما أشار إليه.

وقال الْعِمْرَانِي: وأما المضاربون عن الأسواق، وقال الشيخ أبو حامد: فاختبارهم أصعب يعني: أولاد التجار فاختباره في أن يدفع إليه شيء من المال، ويجعل إليه نفقة الدار مدة شهر، وما أشبهه اللحم، والخنزير، والماء،

---

(١) قال شيخ الإسلام زكريا في «أسنى المطالب في شرح منهاج الطالب» (٩/ ٤٦٤): (قَوْلُهُ لَا بُدَّ مِنْ الِاخْتِبَارِ لِرُشْدِ الصَّبِيِّ فِي الْمَالِ إلَخْ) أَمَّا فِي الدِّيْنِ فَبِمُشَاهَدَةِ حَالِهِ فِي الْعِبَادَاتِ بِقِيَامِهِ بِالْوَاجِبَاتِ وَاجْتِنَابِهِ الْمَحْظُورَاتِ قَوْلُهُ أَيْ فِيمَا يَتَعَلَّقُ بِهِمَا مِنْ حِفْظٍ وَغَيْرِهِ) قَالَ الْأَذْرَعِيُّ: أَيْ فِي بَيْتِهَا إنْ كَانَتْ مُخَدَّرَةً، وَإِنْ كَانَتْ بَرْزَةً فَفِي بَيْعِ الْغَزْلِ وَشِرَاءِ الْقُطْنِ، أَمَّا بَنَاتُ الْمُلُوكِ وَنَحْوِهِمْ فَلَا يُخْتَبَرُونَ بِالْغَزْلِ وَالْقُطْنِ بَلْ بِمَا يَعْمَلُهُ أَمْثَالُهَا قَالَهُ السُّبْكِيُّ، وَقَوْلُهُ قَالَ الْأَذْرَعِيُّ أَيْ فِي بَيْتِهَا إلَخْ أَشَارَ إلَى تَصْحِيحِهِ وَكَذَا قَوْلُهُ قَالَهُ السُّبْكِيُّ (قَوْلُهُ وَكُلٌّ بِمَا يَلِيقُ بِهِ) وَيُخْتَبَرُ الْخُنْثَى بِمَا يُخْتَبَرُ بِهِ الذَّكَرُ وَالْأُنْثَى وَتَخْتَبِرُ الْمَرْأَةُ النِّسَاءَ وَالْمَحَارِمَ كَمَا نَقَلَهُ ابْنُ كَجٍّ عَن نَصِّ الْمُخْتَصَرِ وَالْبُوَيْطِيِّ ثُمَّ قَالَ: فَقِيلَ: لَا بُدَّ مِنْ الْجَمْعِ بَيْنَهُمَا، وَقِيلَ: يَكْفِي أَمَّا النِّسَاءُ الثِّقَاتُ أَو الْمَحَارِمُ أَيُّهُمَا كَانَ أَجْزَأَ، وَظَاهِرُ النَّصِّ الْمَذْكُورِ أَنَّهُ لَا تُقْبَلُ شَهَادَةُ الْأَجَانِبِ لَهَا بِالرُّشْدِ، وَأَفْتَى بِهِ ابْنُ خَلِّكَانَ وَخَالَفَهُ الشَّيْخُ تَاجُ الدِّينِ الْفَزَارِيّ، وَقَالَ: إنَّمَا تَعَرَّضَ الشَّافِعِيُّ لِلطَّرِيقِ الْغَالِبِ فِي الِاخْتِبَارِ دُونَ الشَّهَادَةِ، وَالْمُحْتَرَفُ بِمَا يَتَعَلَّقُ بِحِرْفَتِهِ أَيْ حِرْفَةِ أَبِيهِ وَأَقَارِبِهِ، كَمَا قَالَهُ فِي الْكَافِي وَقَوْلُهُ كَمَا نَقَلَهُ ابْنُ كَجٍّ عَن نَصِّ الْمُخْتَصَرِ وَالْبُوَيْطِيِّ أَشَارَ إلَى تَصْحِيحِهِ وَكَذَا قَوْلُهُ وَقِيلَ يَكْفِي أَمَّا النِّسَاءُ إلَخ وَكَذَا قَوْلُهُ وَخَالَفَهُ الشَّيْخُ تَاجُ الدِّينِ الْفَزَارِيّ (قَوْلُهُ: وَذَلِكَ قَبْلَ الْبُلُوغِ) الْمُرَادُ بِالْقَبْلِيَّةِ الزَّمَنُ الْقَرِيبُ لِلْبُلُوغِ بِحَيْثُ يَظْهَرُ رُشْدُهُ لِيُسَلَّمَ إلَيْهِ الْمَالَ أَشَارَ إلَيْهِ الْإِمَامُ عَنِ الْأَصْحَابِ.

يُشْتَرَطُ تَكَرُّرِ الِاخْتِبَارِ مَرَّتَيْنِ أَو أَكْثَرَ، وَوَقْتُهُ قَبْلَ الْبُلُوغِ، وَقِيلَ بَعْدَهُ فَعَلَى الْأَوَّلِ الْأَصَحُّ أَنَّهُ لَا يَصِحُّ عَقْدُهُ، بَلْ يُمْتَحَنُ فِي الْمُمَاكَسَةِ، فَإِذَا أَرَادَ الْعَقْدَ عَقَدَ الْوَلِيُّ.

والملح، ونحوها، وسيأتي نحوه عن نصه في «الْبُوَيْطِي».

قال: (**وَيُشْتَرَطُ تَكَرُّرِ الِاخْتِبَارِ مَرَّتَيْنِ أَو أَكْثَرَ**) إذ قد يصيب في المرة اتفاقًا، فلا بدَّ من زيادة تقيد غلبة الظن برشده، وقوله: (**أَوْ أَكْثَرَ**) أي: وإن لم يثق بالمرتين، وعبارة «الشرح»: مرتين وأكثر، و«الروضة»: فأكثر، وعبارة «الشرح الصغير»: مرة أو مرتين؛ ليحصل الظن بالرشد، وعبارة الدَّارِمِي: مرارًا، والماوردي: ثلاث مرات.

وقال الْجُورِيُّ: رواية الربيع اختباره مرة بعد مرة، وهو الصحيح، ورواية: مرة واحدة.

وقال الْعِمْرَانِي: قال الصيمري: لا نعلم رشده حتى يتكرر ذلك منه التكرار الذي يؤمن معه أن يكون ذلك اتفاقًا.

وهذه أحسن العبارات، إذ اتفاق الصواب مرتين غير بعيد.

قال: (**وَوَقْتُهُ**) أي: يعني وقت الاختبار.

(**قَبْلَ الْبُلُوغِ**) أي: قبيله؛ لأن الله - سبحانه وتعالى - غيَّا الابتلاء ببلوغ النكاح، ولئلا يتأخر دفع المال إليه بعد بلوغه رشيدًا.

قال: (**وَقِيلَ بَعْدَهُ**)، وعلله الرَّافِعِي وغيره بأن تصرفه في الصبي غير نافذ، وهو يفهم أن محل الخلاف في الاختبار بالشراء والبيع، وبه صرح في «الاستقصاء».

قال ابن الرِّفْعَة: وهو الأقرب، لكن الجمهور أطلقوا، انتهى، وسيأتي زيادة بيان. قال: (**فَعَلَى الْأَوَّلِ**)، وهو كون الاختبار قبيل البلوغ.

(**الْأَصَحُّ أَنَّهُ لَا يَصِحُّ عَقْدُهُ، بَلْ يُمْتَحَنُ فِي الْمُمَاكَسَةِ، فَإِذَا أَرَادَ الْعَقْدَ عَقَدَ الْوَلِيُّ**) لما تقرر من بطلان تصرفه، والثاني: يصح عقد الصبي للحاجة، وصححه ابن أبي عصرون، وجزم به في «تنبيهه» ولفظه: ويختبره وليه فيما يعاينه، ويمكنه من مباشرة العقد إذا راهق، انتهى.

....

فعلى الأول اختلفوا فقيل يمتحن بالمماكسة كما ذكره، وقيل: يشتري الولد سلعة ويدعها بيد البائع، ويواطئه على بيعها منه؛ ليظهر بذلك حاله.

قيل: وفيه نظر؛ لأنه حمل على بيع فاسد، وهو لا يجوز.

قلت: وقد يتسامح به للمصلحة كنصب المستحر في الدعاوى على كلام فيه. وقيل: يعطى بعض المال، ويشتري بنفسه على معنى الرسالة يرسل الرجل الصبي ليشتري له، فيجوز، حكاه الْجُورِيُّ، وفي تحقيق هذا الوجه بحث طويل ذكرته في «الغنية».

تتمات وفوائد: **منها**: قيل: عبارة «التنبيه» تقتضي التخيير في الاختبار قبل البلوغ وبعده، ولا قائل به، ولعله أشار إلى الخلاف فيه.

قلت: ونصه في «الْبُوَيْطِي» قد يشهد له، فإنه قال: والرشد - والله أعلم - الصلاح - الذي تكون الشهادة فيه جائزة، وإصلاح المال، وإنما يعرف إصلاح المال باختبار اليتامى، وذلك يختلف بقدر حال التمييز، فإن كان ممن يتبذل فيخالط الناس في الشراء والبيع قبل البلوغ وبعده، حتى يعرف أنه يحب توفير ماله والزيادة فيه، ولا يتلفه فيما لا يعود عليه نفعه، كان هذا اختبارًا، وإن كان ممن يصاب عن الأسواق كان اختباره أبعد قليلًا، دفع إليه نفقته في الشهر، فإن أحسن إنفاقها على نفسه وشراء ما يحتاج إليه من النفقة اختبر بشيء يسير يدفع إله، وإذا أونس منه توفير ماله وعقل أنه يعرف حسن النظر لنفسه في إنفاق ماله دفع إليه ماله.

واختبار المرأة وعلم صلاحها أبعد من هذا قليلًا، فتختبرها النساء وذو المحارم بمثل ما وصفت من دفع النفقة اليسيرة، فإذا أصلحتها دفع إليها مالها نكحت أو لم تنكح، هذا نصه بحروفه، وفيه فوائد، فقوله: رضي الله عنه **(قبل البلوغ وبعده)** قد يشهد **(للتنبيه)** وإلا فظاهره أنه يختبر في الحالين، ولم أر من قال به.

وقوله: **(دفع إليه نفقته)**، فاختبار اليتامى شاهد للأصح أن الاختبار يكون قبل البلوغ، إذ لا يتم بعده.

....

وقوله: **(دفع إليه نفقته في الشهر)** عن أبي حامد التصريح به، ولعل المراد أنها تدفع إليه فيه شيئًا فشيئًا لا دفعة واحدة كما فهم عنه.

فائدة: ما ذكره في الأنثى، وعبارة «الحاوي» في المصان، فاختباره أشد، فيدفع إليه نفقة يوم، ثم بعدها نفقة أسبوع، ثم نفقة شهر، وراعاه الولي في تقديرها وصرفها في وجوهها.

وقوله: **(في شراء ما يحتاج إليه من النفقة)** ظاهر في جواز شرائه له، ونحوه قوله في «المختصر»: فيختبر في نفقته، فإن أحسن، إلى قوله: **(وشراء ما يحتاج إليه دفع إليه الشيء اليسير)**. . .إلى آخره.

وقوله في المرأة: **(يختبرها النساء وذو المحارم)** قال الدَّارِمِي بعد ذكره: فقيل: هما، وقيل: أيهما كان جاز.

قال وقال أبو غانم: هن يحتجن إلى كشف السبب على وجهين، انتهى.

وقال غيره: يوكل بها نسوة ثقات يختبرن حالها في ذلك.

قال القاضي حسين: ويؤمر من يخادعها أي: في المال كما صرح به الْمُتَوَلِّي، فإن انخدعت حكم بأنها ليست برشيدة، وإلا فهي رشيدة، انتهى.

ومنها: جزم القاضي الحسين والماوردي والبغوي والشاشي والرافعي وغيرهم بدفع المال إليه للاختبار، وقطعوا بأنه إذا تلف في يده فلا ضمان على الولي، ويوافقه إطلاق النص السابق، وكلام الْمُتَوَلِّي أو الرُّويَانِي يقتضي أن جواز الدفع وعدم الضمان إذا قلنا: الاختبار بعد البلوغ، فإن قلنا: قبله يعطي ويوكل به، فثبت الخلاف على قولنا: الاختبار قبل البلوغ، والأصح الدفع؛ لأن الاختبار الكامل إنما يحصل به.

وأما اشتراطه التوكيل به فيشبه أن يكون إلى نظر الولي واجتهاده، ومنه قال الْجُرْجَانِي: إن قلنا: يختبر قبل البلوغ اختبره وليه أي: من كان أو بعده، فالولي لدوام الحجر، والحاكم لزوال التبعية بالبلوغ فيه وجهان، وحكاهما الْجُورِيُّ:

ونسب الأول: وهو أن المخاطب به كل ولي أنه بعد بلوغه على حاله قبل

فَلَوْ بَلَغَ غَيْرَ رَشِيدٍ دَامَ الْحَجْرُ، ....

بلوغه إذا لم يكن رشيدًا إلى أبي علي الطبري، وأبي يحيى البلخي، وأبي حفص بن الوكيل، وعامة أصحابنا.

ونسب الثاني إلى ابن سُرَيْج، وأنه قال: المخاطب بالدفع إليهم الحكام لا غير، فإذا بلغ غير رشيد بعد انفكّ الحجر عنه.

قال الْجُورِيُّ: يعني حجر الأب والوصي، وذكر ما سيأتي نقله عنه، ففيه فوائد.

قال: (**فَلَوْ بَلَغَ غَيْرَ رَشِيدٍ دَامَ الْحجْرُ**) أي: لمن كان قبل البلوغ على المذهب؛ لمفهوم الآية، وللمعنى الذي حجرنا لأجله، فينصرف له كما كان ينصرف قبل ذلك.

قال في متن «الروضة» وفي «التتمة»: وجه أنه إن بلغ مصلحًا لماله دفع إليه، فصح تصرفه وإن كان فاسقًا، وإن بلغ مفسدًا لماله منع منه حتى يبلغ خمسًا وعشرين سنةً، وهذا الوجه شاذ ضعيف، والصواب ما تقدم، انتهى.

وليس في «التتمة» إلا ما سبق من أنه إذا بلغ مصلحًا لما فيه انفك الحجر عنه بدون هذه، وعبارة الرَّافِعِي موهمة لإرادة نقل ما صرح به في «الروضة» عنه، وسبق عن ابن سُرَيْجٍ أنه إذا بلغ غير رشيد انفك الحجر عنه.

قال الْجُورِيُّ: يعني حجر الأب والوصي، وجاز كل ما صنع في ماله حتى يبتدئ الحاكم الحجر عليه بأن توقف على سفهه وعدم الرشد.

قال: وكان ابن سُرَيْجٍ يقول: إن باع الصبي بعد البلوغ واشترى، أو فعل شيئًا مما كان يجوز له قبلَ البلوغ فضمانه عليه بدليل أن الصبي إذا بلغ لم يكن لابنه عليه ولاية. وألزم أن حجر الحاكم يرتفع بالبلوغ حتى يجتهد فيه مرة أخرى.

وأجاب الْجُورِيُّ عنه: بأن استدامه الحاكم وتركه كابتداء الحجر بخلاف الوصي، وكان أبو يحيى يقول: للوصي إعادة الحجر بعد البلوغ، فسقط عنه إلزام ابن سُرَيْج، إلا أنه منفرد بذلك عن الأصحاب؛ لاتفاقهم أن ابتداء الحجر بعد البلوغ لا يكون إلا بالحكم، انتهى.

وَإِنْ بَلَغَ رَشِيدًا انْفَكَّ بِنفْسِ الْبُلُوغِ وَأُعْطِيَ مَالَهُ، وَقِيلَ يُشْتَرَطُ فَكُّ الْقَاضِي، ....

ومذهب ابن سُرَيْج غريب، ولعله أصل الوجه المذكور في منع جواز الوصاية على البالغ كما أفهمه كلامهم هناك، وبينت فيه في «الغنية» خلافًا، ولعل قول «التنبيه» أشد.

ثم الحجر عليه أشار به إلى خلاف ابن سُرَيْج هذا، والأقرب إلى طريقة ابن سُرَيْج أن الأب والوصي يخرجان من البين، وتنتقل الولاية إلى الحاكم بعد حجره عليه، وقول المصنف: (دَامَ الْحجْرُ) وإن لم يكن محجورًا عليه في حال صباه حسًّا، بل كان مهملًا، وقيل أن المهمل: يتصرف بعد بلوغه إلى أن يلحقه حجر حاكم، وأجاب الْقَفَّال، قال الشيخ أبو علي في «شرح التلخيص»: والمذهب عندي الأول. ويخرج مما قدمناه عن ابن سُرَيْج وجه ثالث، وهو نفوذ التصرف منه مطلقًا وإن كان محجورًا عليه قبل البلوغ إلى أن يحجر عليه الحاكم، وهو شاذ.

قال: (وَإِنْ بَلَغَ رَشِيدًا انْفَكَّ بِنفْسِ الْبُلُوغِ وَأُعْطِيَ مَالَهُ)؛ لأنه حجر يثبت بلا حاكم، فلم يقف زواله عليه كحجر الجنون حيث يرتفع بالإفاقة.

(وَقِيلَ: يُشْتَرَطُ فَكُّ الْقَاضِي) لأنه موضع نظر واجتهاد، فأشبه حجر السفه، وقضية كلام المصنف أنه لا ينفك إلا بالقاضي مطلقًا، ولم ينفك ذلك وجهًا في «الروضة»، بل قال: بالقاضي، أو الأب والجد، وفي الوصي والقيم وجهان، ونقل الرَّافِعِي عن المفرعين على هذا الوجه أنهم قالوا ذلك قبل، وتوجيههم إياه بالحاجة إلى النظر والاجتهاد يطعن في ذلك.

قلت: إلحاق فك الأب والجد بفك القاضي، ذكره الْبَغَوِي، وتبعه الرَّافِعِي، ونقله صاحب «الكافي» عن ابن أبي هريرة، وتصحيح المراوزة وكلام آخرين موافق لما في الكتاب في أنه لا ينفك إلا بالقاضي لا غيره.

وعبارة الشيخ أبي علي رأس المراوزة في «شرح التلخيص»: وإذا بلغ الصبي هل يزول الحجر عنه من غير اجتهاد الحاكم أم لا يزول حتى يزيله الحاكم؟ على وجهين.

فَلَوْ بَذَّرَ بَعْدَ ذَلِكَ حُجِرَ عَلَيْهِ، ....

وعبارة «البيان»: فإن بلغ مصلحًا لدينه وماله فك عنه الحجر، وهل يفتقر فكه إلى الحاكم؟ وجهان ثانيهما: لا ينفك إلا بالحاكم؛ لأنه يفتقر إلى نظر واجتهاد، فافتقر إلى الحاكم كالحجر على السفيه، هذا هو المشهور.

وقال الصيمري: إن كان الناظر في ماله أب أو جد لم يفتقر إلى الحاكم، أو أمين الحاكم لم ينفك إلا بالحكم، وإن كان الناظر الحاكم فوجهان: أحدهما: لا كالأب، وثانيهما: نعم كأمينه، انتهى.

وفي الوصايا من تعليق القاضي الحسين أن الحجر هل يرتفع بنفس البلوغ والرشد أو لا بد من فك؟ وجهان: أصحهما الأول: وسواء كان الولي أبًا أم جدًّا أم وصيًّا أم حاكمًا.

والثاني: لا بُدَّ من فك فعلى هذا إن كان أبًا أو جدًّا استقل بالفك، ويشترط أن يقول: رفعت الحجر عنه، وإن كان الحاكم أو أمينه فيشترطان أن يكون الحاكم ذلك، وإن كان وصيًّا فهل يستقل كالأب أو لا بُدَّ من الحاكم؟ وجهان، انتهى.

وفي المسألة زيادات نقل ذكرته في «الغنية» في تحرير نقل الرَّافِعِي عن الإمام وغيره، وذكر كلام الإمام وتصويره مما يطول ذكره، وتمام تفريع الوجه الثاني في الكتاب أنه لا بُدَّ من قول الحاكم: رفعت الحجر، ويقوم مقامه إذنه لمن في يده المال يدفعه إليه، وعلى الأول الأصح، وقال في «الكافي»: إنه الأصح في طريقة العراق يكفي ثبوت الرشد، وبدون الثبوت لا يكتفي على الوجهين إذا كان الولي حاكمًا أو وصيًّا، فإن كان أبًا أو جدًّا ونازعه الولد في الرشد، فلا بدَّ من الثبوت أيضًا، فالقول قوله في نفي رشده، وهل يحلف؟

فيه كلام يأتي إن شاء الله تعالى.

(فَلَوْ بَذَّرَ بَعْدَ ذَلِكَ) أي: بعد بلوغه رشيد وإعطائه ماله **(حُجِرَ عَلَيْهِ)** خلافًا لأبي حنيفة؛ لأن قوله تعالى: ﴿وَلَا تُؤْتُوا۟ ٱلسُّفَهَآءَ أَمْوَٰلَكُمُ﴾ أي: أموالكم بإشارة ﴿وَٱرْزُقُوهُمْ فِيهَا﴾ [النساء: ٥] وروى الطبراني مرفوعًا: «**خذوا على أيدي**

وَقِيلَ: يَعُودُ الْحَجْرُ بِلَا إعَادَةٍ.

سفهائكم»[١] وإسناده صحيح.

قلت: ومتعاطي الحجر عليه هو الحاكم على الصحيح، وقيل: الأب والجد، وقيل: والوصي أيضًا، ذكره ابن الرِّفْعَة، وهو منكر.

قال: (**وَقِيلَ يَعُودُ الْحجْرُ بِلَا إعَادَةٍ**) كما لو جُنَّ، ويمده الخلاف نفوذ تصرفاته على الأول الأصح المنصوص دون الثاني. واشترط ابن أبي هريرة مع إعادة القاضي الحجر الإشهاد على الحجر، وقيل: وهو مبني على أن القضاء بالعلم لا يجوز، فالمشهور أن الإشهاد مستحب، ويستحب أن ينادي عليه جزمًا ليجتنب، فمن عامله بعد ذلك فهو المتلف لماله.

قال ابن داود: ومحله عندي إذا لم يطالبه به، فإن طالبه به فلم يفعل حتى تلف؛ ضمنه، كما لو غصبه أو أتلفه.

وعبارة الرُّويَانِي في «التجربة» تشعر بوجوب الإشهاد حيث قال: ولا بد في هذا الحجر من الحاكم، ويشهر أمره بالنداء في البلد، ثم من بايعه فهو المتلف لماله، فإن تلفت السلعة المبيعة عنده لا يضمن وإن أطلق الحجر بعده، ولا فرق بين أن يكون بائعه جاهلًا بحاله أو عالمًا به؛ لأن الحاكم إذا شهره وأعلن وأشهد فقد أعذر من أنذر. نص عليه.

فروع: **أولها**: إذا سفه بعد رشده ثم رشد، فإن قلنا: الحجر عليه لا يثبت إلا بضرب القاضي فلا يرتفع إلا برفعه، وإن قلنا: يثبت بنفسه، ففي رواية الخلاف فيما إذا بلغ رشيدًا.

قال الرَّافِعِي: وعلى قول البلخي ينبغي إجراء الخلاف أيضًا.

ثانيهما: حكى الْمَاوَرْدِي في هذا الرشد الثاني وجهين:

أحدهما: أنه الصلاح في الدين والمال، وبه قال: ابن سُرَيْجٍ، وصححه الرُّويَانِي، وهو المفهوم من إطلاق الجمهور.

---

(١) أخرجه الطبراني كما في «تحفة المحتاج» (٢/ ٢٦٠) قال ابن الملقن: سنده جيد. والبيهقي في شعب الإيمان (٦/ ٩٢، رقم ٧٥٧٧).

وَلَوْ فُسِّقَ لَمْ يُحْجَرْ عَلَيْهِ فِي الْأَصَحِّ، وَمَنْ حُجِرَ عَلَيْهِ لِسَفَهٍ طَرَأَ، فَوَلِيُّهُ الْقَاضِي، وَقِيلَ: وَلِيُّهُ فِي الصِّغَرِ.

والثاني: أنه الصلاح في المال، وحد ثبوته قاله: أبو إسحاق.

ثالثها: شهد عدلان بسفه رجل وفسقه حبسه بلا طلب كذا سمعت وحجر عليه، وفي استفسارهما كلام بينته في شهادات «الغنية».

رابعها: تصرفه قبل أن يحجر عليه نافذ على الأصح المنصوص في «الْبُوَيْطِي»، وعلى الثاني: لا، وقال ابن الرِّفْعَة: يظهر أنه كالمهمل، والمنقول والظاهر عدم النفوذ.

الخامس: الموسر الصحيح جدًّا لا يحجر عليه على الأصح، وعلى الثاني: لا تمنع عقوده ولا التصرف في ماله؛ لكن ينفق عليه خيرًا إلا أن يخاف إخفاء ماله لعظم شحه، فيمنع من التصرف فيه. قاله: الْمَاوَرْدِي.

قال: **(وَلَوْ فُسِّقَ لَمْ يُحْجَرْ عَلَيْهِ فِي الْأَصَحِّ)** المراد أنه سفه في دينه دون ماله؛ لأن السلف لم يحجروا على الفسقة بخلاف الاستدامة؛ لأن الحجر كان ثابتًا فبقي، والثاني: يحجر عليه.

قال في «البسيط»: إذا رأى فيه مصلحة كالاستدامة، وكما لو بذر، والخلاف وجهان. وقضيته أن نقل الْجُورِيُّ أن ابن سُرَيْج حكاه قولين، وعبارة «الروضة»: المذهب، وفيها إشارة إلى أن الخلاف محله إذا قلنا: إن اقتران الفسخ بالبدع يقتضي إدامة الحجر، فإن قلنا: لا يقتضيه فلا حجر. ذكره الرَّافِعِي. ولو قيل: إن كان الفسق مما يجرى في إفساد المال حجر به، وإلا فلا لم يبعد.

قال: **(وَمَنْ حُجِرَ عَلَيْهِ لِسَفَهٍ طَرَأَ، فَوَلِيُّهُ الْقَاضِي)** لأن ولاية الأب وغيره قد زالت، فينظر من له النظر العام.

(وَقِيلَ: وَلِيُّهُ فِي الصِّغَرِ) كما لو بلغ مجنونًا، وكذا سفيهًا على المذهب.

قال الرَّافِعِي وغيره: وموضع الوجهين ما إذا قلنا: يعود الحجر بنفسه، أما إذا قلنا: إن القاضي هو الذي يعيده فهو الذي يلي أمره بلا خلاف.

قيل: وينبغي أن يكون الوجهان من رأيين.

وَلَوْ طَرَأَ جُنُونٌ فَوَلِيُّهُ وَلِيُّهُ فِي الصِّغَرِ، وَقِيلَ: الْقَاضِي، وَلَا يَصِحُّ مِنَ الْمَحْجُورِ عَلَيْهِ لِسَفَهٍ بَيْعٌ وَلَا شِرَاءٌ وَلَا إعْتَاقٌ وَهِبَةٌ ....

ونقل الرُّويَانِي عن الشَّافِعِي أنه إذا حجر عليه الحاكم استحب له أن يرد أمره إلى الأب أو الجد، فإن لم يكن فسائر العصبات؛ لأنهم أشفق.

قال صاحب «التعجيز» بعد ذكره ما ذكره الرَّافِعِي: وهذا مطرد في كل من حجر عليه الحاكم، فوليه الحاكم.

قال: (**وَلَوْ طَرَأَ جُنُونٌ فَوَلِيُّهُ وَلِيُّهُ فِي الصِّغَرِ**)، ويعللهما ما سبق، والفرق على الصحيح أن السفه وزواله مجتهد فيه، فاحتاج إلى نظر الحاكم بخلاف الجنون.

قال: (**فَصْلٌ: وَلَا يَصِحُّ مِنْ الْمحْجُورِ عَلَيْهِ لِسَفَهٍ بَيْعٌ، وَلَا شِرَاءٌ**) أي: سواء كان بغبطة أم لا، بعين أم في الذمة؛ لمنافاته الحجر، وسبق في أوائل البيع نقل وجهين في شرائه القوت وأن الوجه القطع بتحرير تصرفه حسب الضرورة سبق صور أخرى يجب مراجعتها في نصوص الشَّافِعِي هنا ما يقتضي الجزم بصحة شرائه القوت في مدة اختباره.

وذكر الدَّارِمِي هنا أنه إن اشترى في الذمة ممن يعلم حاله صح، وقيل: لا يصح، وإن لم يعلم فقيل: كمن علم، وقيل: له الخيار.

فرع: في إجارته نفسه وجهان أو قولان، وفصل الْمَاوَرْدِي، فقال: إن أجرها فيما هو المقصود من عمله بأن كان صانعًا وعمله مقصود في كسبه لم يصح منه ومولاه الولي، وإن كان غير مقصود بأن أجرها في حج أو وكالة في عمل وليس نفسه لاستعماله بماله صحت الإجارة أدلة التطوع عن غيره بهذا العمل، فجاز أن يكون بعوض.

قال: (**وَلَا إعْتَاقٌ**) أي: ولو بعوض، وفي إعتاقه المنجز في مرض موته وهبته فيه طريقة بالصحة، والمذهب خلافها.

قال: (**وَهِبَةٌ**) أي: بأن يهب شيئًا من ماله، ويحتمل أنه لو أبر بشيء من قوته المدفوع إليه كل يوم مثلًا أن يجوز، ويظهر جواز تصدقه منه بالقيمة ونحوها، وأما قبولك الهبة والوصية، فكلام الرَّافِعِي يقتضي أنه لا يصح؛ لأنه جعله كبيعه

وَنِكَاحٌ بِغَيْرِ إِذْنِ وَلِيِّهِ وَلَوْ نَكَحَ السَّفِيهُ بِلَا إِذْنٍ فَبَاطِلٌ، ....

بإذن الولي، والأصح في «زوائد الروضة» الصحة، وبه جزم الْمَاوَرْدِي.

وقال الإمام: إنه الذي عليه الأكثرون وهو المختار، وعلى هذا قال الْمَاوَرْدِي: لا يجوز تسليمها إليه، فإن سلمها غرم من أقبضه الوصية دون الهبة؛ لأن ملك الوصية بقبوله بخلاف الهبة، وما قاله: في الوصية صحيح، ويظهر ما قال ابن الرِّفْعَة: إنه يصح قبضه الهبة، ويملك به. ثم إن كان هناك من ينتزعها منه عقب قبضه من ولي وحاكم لم يمتنع تسليمها إليه، وإلا فهو محل الوقف، ولو قبل بأن قبضه لا يصح، كان القول لعدم الجواز بعد إذ لا حق له بعد القبض ولا قبله.

قال: (**وَنِكَاحٌ**) أي: يقبله لنفسه.

(**بِغَيْرِ إِذْنِ وَلِيِّهِ**) ونقل الدَّارِمِي هنا في نكاحه بلا إذن بمهر المثل وجهين، هكذا أطلق، وفيه نظر، وقد أعاد المصنف المسألة في كتاب النكاح، فقال: (**وَلَوْ نَكَحَ السَّفِيهُ بِلَا إِذْنٍ فَبَاطِلٌ**) ثم قال في «الدقائق»: قوله: (بلا إذن ولي) من عبارة «المحرر»: (بغير إذن الولي) لأنه يدخل في عبارة الكتاب ما إذا استأذنه فمنعه وأذن الحاكم، فإنه يصح قطعًا مع أن الولي لم يخرج بمنعه مرة عن الولاية؛ لأنه صغير، انتهى.

وقد لا يقضيه أصلًا؛ لأنه قد يرى المصلحة في المنع والاكتفاء بالتسري، أو أنه غير محتاج إليه، ولا فرق في عدم استقلاله عند حاجته من أن يمنعه الولي أو لا على الأصح. قاله الْمُتَوَلِّي.

قال الرَّافِعِي: وأطلق الأصحاب الوجهين.

وقال الإمام والغزالي: إذا امتنع الولي راجع السلطان، فإن تعذرت مراجعته ففي استقلاله حينئذٍ وجهان انتهى.

وإطلاقهم محمول على ما ذكره الإمام، نعم قال ابن الْقَطَّان: الوجه الآخر ليس بشيء؛ لأنه لما عقله كان يمكنه أن يأتي الحاكم، فافهم.

إن الوجه منقول مع القدرة على الحاكم، وصحح الْفَارِقِيّ صحة النكاح،

فَلَوْ اشْتَرَى أَو اقْتَرَضَ وَقَبَضَ وَتَلِفَ الْمَأْخُوذُ فِي يَدِهِ أَو أَتْلَفَهُ فَلَا ضَمَانَ فِي الْحَالِ، وَلَا بَعْدَ فَكِّ الْحَجْرِ سَوَاءٌ عَلِمَ حَاله مِنْ عَامِلِهِ أَو جَهِلَ، ....

ويقوى إذا تعذرت مراجعة الحاكم وأطاق العيب، ولا يبعد أن يقال: لو نشأ ببادية نائية عن الحاكم، وبلغ سفيهًا، ولا ولي له، واحتاج إلى النكاح فنكح؛ جاز للضرورة، وإن قلنا: المهمل محجور عليه حكمًا.

إشارة: قال شارح: التقييد (**بِغَيْرِ إِذْنِ وَلِيِّهِ**) يحتمل أن يكون عائدًا إلى الخمسة، ويحتمل أن يختص بالنكاح دون ما قبله؛ لأن الإعتاق والهبة لا يصحان منه بلا خلاف بإذن ولا بغيره، انتهى.

والظاهر الاحتمال الثاني وهو ما فهمه من اختصر «المحرر» وغير الشيخ، وسبق أن في عتقه في مرض موته خلاف مشهور، ويظهر أنه لزمه التكفير بالعتق، ووجب إخراجه من ماله، فإذن له الولي بإعتاق تعين عن كفارته أنه يصح جزمًا، ويخرج على الخلاف في بيعه وشرائه بإذنه، وهذا العتق أولى بالنفوذ.

قال: (**فَلَوْ اشْتَرَى أَو اقْتَرَضَ وَقَبَضَ وَتَلِفَ الْمأْخُوذُ فِي بلدةٍ، أَو أَتْلَفَهُ فَلَا ضَمَانَ فِي الْحالِ، وَلَا بَعْدَ فَكِّ الْحجْرِ**) أي: (**سَوَاءٌ عَلِمَ حاله مِنْ عَامِلِهِ أَو جَهِلَه**) الشرح أطلق عدم الضمان في الحالتين، وصورته أن يقتضيه ذلك البائع أو المقرض المطلق التصرف؛ لأنه مضيع لماله بتفريط عند علمه بحاله، وتقصيره عند جهله به. وقيل: يضمن بعد الحجر ما أتلفه وزيف، أما لو أقبضه إياه سفيه ونحوه، أو كان البائع صبيًا أو محجورًا عليه بسفه، فإنه يضمنه بالقبض قطعًا. صرَّح به أصحابنا، وهو ظاهر.

إشارات: تبعنا «الروضة» في قوله فيها: (**أو أقبضه البائع وهو صبي، أو محجور عليه لسفه، فإنه يضمنه بالقبض قطعًا**) ويظهر لفظه: (**لسفه**) ليدخل المحجور عليه بفلس، ورهن ونحوهما ممن حجر عليه لحق الغير، فإن القياس الظاهر تضمينه لحق الغير للمالك المطلق التصرف، ولا بد من تذكر ما قدمناه من شراء المأكول ونحوه واقتراضه عند الضرورة حيث يجوز له بلا إذن، ولا سيما إذا اضطر إليه في مخمصة.

....

قوله آخرًا: (أَوْ جَهِلَ) صوابه: علم أم جهل، والفقهاء يتساهلون فيه.

وقوله: (وَقَبَضَ) يدخل فيه ما لو باعه مطلق التصرف عينًا إلى أجل، أو بالنقد ولم يقبضه إياها فقبضها بغير إذنه وأتلفها، وفيه نظر، والظاهر أن المراد إذا قبضه البائع المطلق التصرف، أو قبضها بإذنه، فكان الأحسن أن يقول: (وأقبض).

ثم موضع الإهدار إذا أتلف ذلك أو أتلفه في حال سفهه، أما لو بقي بيده إلى رشده ثم أتلفه ضمنه، وإن تلف وقد أمكنه رده بعد رشده ضمنه أيضًا، وإن لم يتمكن فلا، فلو اختلفا فقال البائع: إنما أتلفته بعد رشدك وعاكسه، فإن أقام البائع بينة برشده حالة إتلافه غير بينة، وإلا فالمتبادر تصديق المشتري بيمينه، وفيه نظر، وكل هذا نفقة لي، فتأمله.

وسبق عن الدَّارِمِي أن موضع الإهدار إذا لم يطالبه البائع بالردِّ، فإن طالبه فأبى حتى تلف ضمنه ما سبق من عدم الضمان هو في الحكم الظاهر، وأما بينه وبين الله تعالى، فهل يلزمه فساد لا حكمًا؟ فيه وجهان مشهوران، صحح في «الإفصاح» المنع .

قيل: وهو قول ابن أبي هريرة والصيدلاني وغيرهما، والذي رأيته في «البيان» عن الصيدلاني والعثماني مقابله، وبالأولى أجاب في «البحر».

وقال في «الحلية»: قال بعض أصحابنا: إن كان جاهلًا بحاله ضمن فيما بينه وبين الله تعالى؛ لأنه مكلف أتلف مال الغير بغير رضاه، وبه قال جماعة من أصحابنا، وهو القياس والاختيار، انتهى.

ورأيت في باب الإقرار بالحكم الظاهر من «الأم» قال الشَّافِعِي: وما أقر به الحر أن المحجور أي: في أموالهما لم يلزم واحد منهما في حال الحجر ولا بعده في الحكم في الدنيا، ويلزمهما فيما بينهما وبين الله تعالى تأديته إذا خرجنا من الحجر إلى من أقر له به، وسواء من أي وجه كان ذلك الإقرار إذا كان لا يلزم إلا في أموالهما بحال، مثل: أن يقر بجناية خطأ أو عمد لا قصاص فيه، أو شراء أو بيع أو استهلال، انتهى لفظه.

وَيَصِحُّ بِإِذْنِ الْوَلِيِّ نِكَاحُهُ، لَا التَّصَرُّفُ الْمَالِيُّ فِي الْأَصَحِّ، ....

فهذا هو المذهب وقضية ما في «التهذيب» وغيره، ودعوى الإمام أنه هفوة، ووجه أبو علي في «شرح التلخيص» الضمان باطنًا بعد فك الحجر بأنه يعقل أنه لا يحل له إتلاف مال غيره، فإذا فعل غرم وإن لم يؤاخذه به في الحكم، انتهى.

قال: (**وَيَصِحُّ بِإِذْنِ الْوَلِيِّ نِكَاحُهُ**) أي: بشرطه المذكور هنا؛ لما سيأتي إن شاء الله تعالى.قال: (**لَا التَّصَرُّفُ الْمالِيُّ فِي الْأَصَحِّ**) كما لو أذن للصبي، وعبارة «الروضة»: إن أطلق الإذن فهو لغو وإن عين تصرفًا وقدر عوضًا؛ فوجهان أصحهما عند الغزالي الصحة، وعند الْبَغَوِي المنع زاد.

قلت: هو الأصح عند الأكثرين، انتهى.

قال الإمام في كتاب«النكاح»: المذهب الجواز.

وأبعد بعض الأصحاب فمنعه، وهذا غير معدود من المذهب، إذ هو مكلف صحيح العبادة. قال في «البسيط»: إن ظاهر المذهب الصحة.

وقال الْمَاوَرْدِي: إن أذن له في عين وقدر ثمنها صح وجهًا واحدًا، وإن أطلق التفويض فوجهان، فحصل ثلاثة أوجه.

تنبيهات: منها: قيل قوله: (**لَا التَّصَرُّفُ الْمالِيُّ فِي الْأَصَحِّ**) يقتضي جريان الخلاف في كل تصرف مالي، ومنه الهبة والعتق والكتابة، ولا خلاف أنها لا تصح منه، وأجاب المعترض بأنه إذا وكله غيره فيها جرى الخلاف، فيكفي في تصحيح كلامه؛ لأنه لم يقل: في ماله، وقد يفرض في كفارة القتل إذا قلنا: بالأصح أنه يكفر بالعتق، والظاهر أنه يجري فيه الخلاف، أما الهبة والكتابة فلا مطمع فيهما.

قال: وكلامه يفهم أيضًا أن كل التصرفات المالية لا يصح منه في الأصح، ومفهوم هذا ليس عامًّا، بل يقتضي أن منها ما يصح على وجه، وسكت عن العتق والهبة، قال: والجواب الأول أظهر، انتهى.

وكلام المصنف هنا مستوفٍ لتصرفه في ماله لا مطلقًا، ولا شك أن ما

وَلَا يَصِحُّ إِقْرَارُهُ بِدَيْنٍ قَبْلَ الْحَجْرِ أَو بَعْدَهُ، وَكَذَا بِإِتْلَافِ الْمَالِ فِي الْأَظْهَرِ، ....

جوزناه له من التصرف المالي بلا إذن يجوز مع الإذن كما سبق هنا، وفي أول البيع له المصالحة عن دم العهد على ماله، ويحقن دمه بالدية، قاله: القاضي الحسين. قال الغزالي في باب عقد الذمة: وعلى أكثر من الدية.

ومقتضى هذا أنه إذا صالح على عين من ماله صح، وله عقد الذمة بالدينار بلا خلاف، وكذا بأكثر منه عند القاضي والغزالي، وابن رفعة أن صحة ضمانه بلا إذن وفيه نظر، ولو نبت له ثمر قبضه، به أجاب صاحب «المعتمد» من المتقدمين.

قال: ولا اعتراض لوليه عليه وله العفو عن قود وجب على مال وبيت، إذ له العفو مجانًا، فبالعوض أولى، وسبق له نظائر، فتجوز هذه التصرفات بلا إذن ولا إعراض للولي فيها ادعى بإذن وليه فوجهان رجح الحناطي الصحة.

قال في «المطلب» هنا: وهو ما يفهمه نصه في «الأم»، انتهى، والمذكور في الخلع ترجيح المنع.

فرع: قالا هنا: لو نذر التصرف بعين مال لم ينعقد، وفي الذمة ينعقد، وجزما في باب النذر بأنه لا يصح منه نذر القرب المالية.

قيل: وينبغي أن يقال: إن قلنا: النذر قربة صح، وإلا لم ينعقد.

قلت: لو صح هذا البناء لقل تمثيله في نذر الرشيد، وإذا قلنا: بالانعقاد، فالظاهر أن المراد أنه يبقى في ذمته إلى ما بعد الحجر، فيخرجه.

قال: **(وَلَا يَصِحُّ إِقْرَارُهُ)** أي: حالة الحجر.

(بِدَيْنٍ قَبْلَ الْحجْرِ أَو بَعْدَهُ) أي: أسند وجوبه عليه إلى ما قبل الحجر كالمفلس وزيف.

قال: **(وَكَذَا بِإِتْلَافِ الْمالِ فِي الْأَظْهَرِ)** أي: في الحالين، وكذا حكم الجناية الموجبة للمال كدين المعاملة، وعلى هذا لا يؤاخذ به بعد زوال الحجر على الصبي، هذا في الحكم الظاهر، وأما في الباطن فيلزمه إذا كان صادقًا فيه أن يخرج منه كما بيناه ونص عليه، وقال في أوائل الإقرار من «المطلب»: إنه

وَيَصِحُّ بِالْحَدِّ وَالْقِصَاصِ، وَطَلَاقُهُ وَخُلْعُهُ ....

لا خلاف فيه، وبه أجاب الْمَاوَرْدِي وأبو علي في «شرح التلخيص».

قال: لأن البينة لو قامت بإتلافه مال غيره بغير إذنه في حال حجره، وأخذ به في الحكم بخلاف ما لو قامت بالشراء وإتلاف ما اشتراه لم يؤاخذ به في الحكم.

فرع: لو أقر باستيلاد أمة لم يقبل إلا أن يثبت أنها فراش له وتلد مدة الإمكان، وأطلق المصنف في زيادة «الروضة» هنا أنه لو أقر باستيلاد لم يقبل.

وفي «فتاوى الْقَفَّال»: أنه سئل عن المحجور عليه لسفه إذا أقر بنسب هل يثبت؟ فقال: إذا أقر ببنوة عبد له مجهول النسب ثبت نسبه منه.

وهل تصير أَمَةٌ أمّ ولد؟ له قولان بناء على إقراره بالجناية والنكبة أنه إن استولد بعد، فإذا أقر كان إقراره على قولين، كما لو أتلف مالًا وشاهدناه أو ثبتت نسبته، وإن أقر به فعلى قولين، وهذا أصل في منزلة الإقرار من الإنشاء، وإذا استلحق ابنًا ما أنفق عليه من بيت المال.

قال في «الروضة»): وشذَّ الرُّويَانِي في «الحلية» فقال: يقبل إقراره بالنسب على الأصح، وينفق عليه من ماله، انتهى.

فرع: لو ادعى عليه بدين معاملة قبل الحجر، وأقام بينة سمعت، وإلا فإن قلنا: اليمين المردودة كالبينة سمعت دعواه، وإلا هكذا أطلقاه وغيرهما، وهو طريقه. وقال غيرهم: إن أصل الدعوى مسموع مطلقًا لتقام البينة، وإنما التفصيل في التحليف، وهذا هو المعتمد، وكان التصوير فيمن طرأ سفهه ولم يتصل به حجر، لا فيمن بلغ مهملًا على المذهب.

قال: (**وَيَصِحُّ بِالْحَدِّ وَالْقِصَاصِ**)؛ لبعد التهمة، وعدم تعلقها بالمال، فإن كان الحد سرقة قطع بشرطه، وفي المال قولان، ولو عفا ذو القود على مال ثبت على الصحيح؛ لأنه يتعلق باختيار غيره لا بإقراره.

قال: (**وَطَلَاقُهُ**) أي: ويصح طلاقه؛ لأن الحجر لم يتناوله.

(**وَخُلْعُهُ**) أي: خلع الرجل أدلة أن يطلق مجانًا فبعوض، وإن قلَّ أولى، وفي تسليم العوض إليه ما سبق، ويأتي إن شاء الله تعالى.

وَظِهَارُهُ وَنَفْيُهُ النَّسَبَ بِلِعَانٍ، وَحُكْمُهُ فِي الْعِبَادَةِ كَالرَّشِيدِ لَكِنْ لَا يُفَرِّقُ الزَّكَاةَ بِنَفْسِهِ].

قال: (**وَظِهَارُهُ**) أي: وإيلاؤه؛ لصحة عبادته.

(**وَنَفْيُهُ النَّسَبَ بِلِعَانٍ**)؛ لأنه ليس تصرف مال، ويصح ارتجاعه جزمًا، ولا يخرج على أنها استدامة أم ابتداء نكاح كما قيد في رجعة العبد.

قال: (**وَحُكْمُهُ فِي الْعِبَادَاتِ**)كالرشد لاجتماع الشرائط فيه، وقيد شارح قوله العبادات فقال: أي الواجبة بدنية كانت أو مالية. (**كَالرَّشِيدِ**) وفيه إبهام.

قال: (**لَكِنْ لَا يُفَرِّقُ الزَّكَاةَ بِنَفْسِهِ**) سواء الفطرة وغيرها. قالوا: لأنه تصرف مالي، وينبغي أنه إذا أذن له الولي أن يكون على الخلاف السابق، وأولى بل ينقدح الجزم بأنه إذا أعطاه قدرًا معينًا وأمره بصرفه إلى معين أو معينين أن يصح، وأن بينة تكفي، نعم ينبغي أن يكون ذلك حيث يكون بحضرة الولي، وإلا فقد يتلف المال إذا خلا به، أو يدعي صرفه كاذبًا. وذكر القاضي الحسين والبغوي والروياني أنه لو وكله أجنبي فصرفها جاز. قال الرُّويَانِي: يشترط تعيين المدفوع إليه.

إشارة: قولهما: (**بِنَفْسِهِ**) يحتمل أن يريد أنه لا يستقل به، إلا أنه لا يصح منه مطلقًا، ويحتمل أن يريد المنع مطلقًا كما فهماه وغيرنا كالصبي، وهو الأقرب، نعم...[...][١].

قال الشارح: [....][٢] والثاني: وهو ما يفهمه إطلاق الكتاب أنه لا بد من بيان المدة كغيرها من الإجارات، قال: وإن قال: يعينه؛ أي: رأس الجدار، أو سطحه، أو علوه للبناء عليه، هذه عبارة الشَّافِعِي والجمهور، أو بعت حق البناء عليه، وهذه عبارة الإمام، ومن تبعه. قال الرَّافِعِي: والأشبه أن المراد منها شيء واحد، وإن كان ظاهر اللفظ يشعر بالمعايرة.

تنبيه: قيل: احترز بقوله للبناء عليه عما إذا باعه، وشرط أن لا يبني عليه فإنه جائز لا محالة، وينتفع به كما شاء، وكذا إذا باعه ولم يتعرض للبناء

---

(١) طمس آخر شرح هذا الباب من الأصل.
(٢) طمس في الأصل، وهذا الشرح هو الموجود به فقط.

....

بالكلية على الأصح ذكره الْمَاوَرْدِي، انتهى.

وهو مأخوذٌ من قول ابن الرِّفْعَة إن يتبايعا بشرط: أن لا يبني صح، ولا يسوغ البناء، وإن تبايعا ولم يتعرضا لشرط البناء، فهل له أن يبني؟ فيه وجهان في «الحاوي» انتهى.

وفي كلتا العبارتين اتهام وقصور، ولا أحسب المصنف من يتأكد هذا الاحتراز، قال: فالأصح أن هذا العقد فيه ثبوت بيع وإجارة، أما شوب البيع. قال: فالأصح: إن هذا العقد فيه ثبوت بيع وإجارة، أما شوب الإجارة؛ فلأن المستحق به منفعة فقط. وجوز الشَّافِعِي ذلك في حقوق الأملاك لحقّ المرور وجري الماء، والمسألة لمسيس الحاجة، وكذا إثبات الاستحقاق على التأبيد، ولو كان إجارة محضة لا يشترط تَأْقِيتَهَا، أو بيعًا محضًا لملك بعض الجوار، وليس كذلك وفاقًا.

والثاني: أنه إجارة محضة اعتنى فيها التأبيد للحاجة كخراج السواد، واختاراه في «الشامل» و«التتمة»: وورد بأنها لا تنفسخ بتلف الدار، وأنه يعود حقه بإعارة الجدار وفاقًا.

الثالث: أنه بيع تملك المشتري مواضع رؤوس الجذوع، قاله جماعة من العراقيين، والأوجه إجارته إذا عقد بلفظ الصلح، وأجراها الشيخان إذا عقد بلفظ البيع كما شرحناه، وهو ظاهر إذا قلنا: إنه بيع، أو فيه شوب بيع، وإن قلنا: إجارة محضة فهو إجارة بلفظ البيع، وإن عقد بلفظ الإجارة فعل الثالث فاسد، وعلى الأول: يصح في الأصح كما سبق، وعلى الثاني قالا: أنه كذلك كما قدمناه وفيه نظر! بلى ينبغي أن يصح عليه بلفظ الإجارة قطعًا.

إشارة: قوله: (شوب) قال في «الدقائق»: إنه الصواب، وإن قول بعضهم: شابه تصحيف، انتهى.

وهي عبارة «المحرر» ولم يبين وجه التصحيف في ذلك؛ لأن الشوب الخلط، ويطلق على المخلوط به، وهو المراد هنا، والثانية: فشاب بها، وكل منهما صواب.

قال المصنف: [وَإِذَا أَحْرَمَ بِحَجِّ فَرْضٍ أَعْطَى الْوَلِيُّ كِفَايَتَهُ لِثِقَةٍ يُنْفِقُ عَلَيْهِ فِي طَرِيقِهِ، وَإِنْ أَحْرَمَ بِتَطَوُّعٍ وَزَادَتْ مُؤْنَةُ سَفَرِهِ عَنْ نَفَقَتِهِ الْمَعْهُودَةِ فَلِلْوَلِيِّ مَنْعُهُ، وَالْمَذْهَبُ أَنَّهُ كَمُحْصَرٍ فَيَتَحَلَّلُ.

قُلْت: وَيَتَحَلَّلُ بِالصَّوْمِ إنْ قُلْنَا: لِدَمِ الْإِحْصَارِ بَدَلٌ، لِأَنَّهُ مَمْنُوعٌ مِنْ الْمَالِ، وَلَوْ كَانَ لَهُ فِي طَرِيقِهِ كَسْبٌ قَدْرَ زِيَادَةِ الْمُؤْنَةِ لَمْ يَجُزْ مَنْعُهُ، وَاَللهُ أَعْلَمُ(١).

فَصْلٌ: وَلِيُّ الصَّبِيِّ أَبُوهُ ثُمَّ جَدُّهُ ثُمَّ وَصِيُّهُمَا ثُمَّ الْقَاضِي، وَلَا تَلِي الْأُمُّ فِي الْأَصَحِّ(٢).

---

(١) قال الخطيب: **(وَإِنْ أَحْرَمَ)** حَالَ الْحَجْرِ **(بِتَطَوُّعٍ)** مِنْ حَجٍّ أَو عُمْرَةٍ، أَو بِنَذْرٍ بَعْدَ الْحَجْرِ وَسَلَكْنَا بِهِ مَسْلَكَ جَائِزِ الشَّرْعِ وَهُوَ الرَّأْيُ الْمَرْجُوحُ **(وَزَادَتْ مُؤْنَةُ سَفَرِهِ)** لِإِتْمَامِ النُّسُكِ، أَو إِتْيَانِهِ بِهِ **(عَنْ نَفَقَتِهِ الْمَعْهُودَةِ)** فِي الْحَضَرِ **(فَلِلْوَلِيِّ مَنْعُهُ)** مِنْ الْإِتْمَامِ أَو الْإِتْيَانِ بِهِ صِيَانَةً لِمَالِهِ، وَظَاهِرُ كَلَامِ الْمُصَنِّفِ أَنَّهُ يَصِحُّ إِحْرَامُهُ بِدُونِ إِذْنِ وَلِيِّهِ.
قَالَ الْإِسْنَوِيُّ: وَفِي الْفَرْقِ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الصَّبِيِّ الْمُمَيِّزِ نَظَرٌ وَفَرَّقَ السُّبْكِيُّ بَيْنَهُمَا بِاسْتِقْلَالِ السَّفِيهِ **(وَالْمَذْهَبُ أَنَّهُ كَمُحْصَرٍ فَيَتَحَلَّلُ)** لِأَنَّهُ مَمْنُوعٌ مِنْ الْمُضِيِّ.
وَالطَّرِيقُ الثَّانِي وَجْهَانِ: أَحَدُهُمَا هَذَا.
وَالثَّانِي: لَا يَتَحَلَّلُ إِلَّا بِلِقَاءِ الْبَيْتِ كَمَنْ فَقَدَ زَادَهُ وَرَاحِلَتَهُ **(قُلْت: وَيَتَحَلَّلُ بِالصَّوْمِ إنْ قُلْنَا لِدَمِ الْإِحْصَارِ بَدَلٌ)** وَهُوَ الْأَظْهَرُ كَمَا مَرَّ فِي الْحَجِّ؛ **(لِأَنَّهُ مَمْنُوعٌ مِنْ الْمَالِ)** أَمَّا إِذَا قُلْنَا لَا بَدَلَ لَهُ فَإِنَّهُ يَبْقَى فِي ذِمَّةِ الْمُحْصَرِ.
قَالَ فِي الْمَطْلَبِ؛ وَيَظْهَرُ أَنَّهُ يَبْقَى فِي ذِمَّةِ السَّفِيهِ أَيْضًا **(وَلَوْ كَانَ لَهُ فِي طَرِيقِهِ كَسْبٌ قَدْرَ زِيَادَةِ الْمُؤْنَةِ لَمْ يَجُزْ مَنْعُهُ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ)** لِأَنَّ الْإِتْمَامَ بِدُونِ التَّعَرُّضِ لِلْمَالِ مُمْكِنٌ.
قَالَ فِي الْمَطْلَبِ: وَفِيهِ نَظَرٌ إِذَا كَانَ عَمَلُهُ مَقْصُودًا بِالْأُجْرَةِ بِحَيْثُ لَا يَجُوزُ لَهُ التَّبَرُّعُ بِهِ.
قَالَ الْأَذْرَعِيُّ: وَفِي النَّظَرِ نَظَرٌ؛ لِأَنَّهُ وَإِنْ كَانَ كَذَلِكَ لَا يُعَدُّ مَالًا حَاصِلًا، فَلَا يَلْزَمُهُ تَحْصِيلُهُ مَعَ غِنَاهُ بِخِلَافِ الْمَالِ الْمَوْجُودِ فِي يَدِ الْوَلِيِّ.
قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَمَا ذَكَرَهُ ابْنُ الرِّفْعَةِ وَالْأَذْرَعِيُّ كِلَاهُمَا عَجِيبٌ، فَإِنَّ الْمَسْأَلَةَ مَفْرُوضَةٌ فِيمَا إِذَا كَانَ الْكَسْبُ فِي طَرِيقِهِ فَقَطْ كَمَا هُوَ ظَاهِرُ عِبَارَاتِهِمْ. أَمَّا إِذَا أَحْرَمَ بِتَطَوُّعٍ قَبْلَ الْحَجْرِ ثُمَّ حُجِرَ عَلَيْهِ
قَبْلَ إِتْمَامِهِ فَإِنَّهُ كَالْوَاجِبِ كَمَا ذَكَرَهُ فِي الرَّوْضَةِ وَأَصْلِهَا فِي الْحَجِّ. انظر: مغني المحتاج (٨/ ٥٧).

(٢) قال الخطيب: فَصْلٌ فِيمَنْ يَلِي الصَّبِيَّ مَعَ بَيَانِ كَيْفِيَّةِ تَصَرُّفِهِ فِي مَالِهِ **(وَلِيُّ الصَّبِيِّ أَبُوهُ)** بِالْإِجْمَاعِ، وَلَوْ عَبَّرَ بِالصَّغِيرِ لَكَانَ أَوْلَى.
وَقَالَ ابْنُ حَزْمٍ: إِنَّ الصَّبِيَّ يَشْمَلُ الصَّبِيَّةَ، كَمَا قَالَ: إِنَّ الْعَبْدَ يَشْمَلُ الْأَمَةَ **(ثُمَّ جَدُّهُ)** أَبُو الْأَبِ وَإِنْ عَلَا كَوِلَايَةِ النِّكَاحِ، وَتَكْفِي عَدَالَتُهُمَا الظَّاهِرَةُ لِوُفُورِ شَفَقَتِهِمَا فَإِنْ فَسَقَا نَزَعَ الْقَاضِي الْمَالَ مِنْهُمَا، كَمَا ذَكَرَهُ فِي بَابِ الْوَصِيَّةِ، وَهَلْ يَنْعَزِلَانِ بِالْفِسْقِ؟ وَجْهَانِ حَكَاهُمَا الْقَاضِي حُسَيْنٌ وَالْإِمَامُ فِي =

وَيَتصرَّفُ الْوَلِيُّ بِالْمَصْلَحَةِ، وَيَبْنِي دُورَهُ بِالطِّينِ وَالْآجُرِّ لَا اللَّبِنِ وَالْجِصِّ.

وَلَا يَبِيعُ عَقَارَهُ إِلَّا لِحَاجَةٍ أَو غِبْطَةٍ ظَاهِرَةٍ.

وَلَهُ بَيْعُ مَالِهِ بِعَرْضٍ وَنَسِيئَةٍ لِلْمَصْلَحَةِ، وَإِذَا بَاعَ نَسِيئَةً أَشْهَدَ وَارْتَهَنَ بِهِ، وَيَأْخُذُ لَهُ بِالشُّفْعَةِ أَو يَتْرُكُ بِحَسَبِ الْمَصْلَحَةِ، وَيُزَكِّي مَالَهُ، وَيُنْفِقُ عَلَيْهِ بِالْمَعْرُوفِ.

فَإِذَا ادَّعَى بَعْدَ بُلُوغِهِ عَلَى الْأَبِ وَالْجَدِّ بَيْعًا بِلَا مَصْلَحَةٍ صُدِّقَا بِالْيَمِينِ، وَإِنْ

= بَابِ الْعَارِيَّةِ، وَيَنْبَغِي الِانْعِزَالُ، وَعَلَيْهِ لَوْ فَسَقَ بَعْدَ الْبَيْعِ وَقَبْلَ اللُّزُومِ فَفِي بُطْلَانِهِ وَجْهَانِ.
قَالَ السُّبْكِيُّ: يَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ أَصَحُّهُمَا أَنَّهُ لَا يَبْطُلُ وَيَثْبُتُ الْخِيَارُ لِمَنْ بَعْدَهُ مِنَ الْأَوْلِيَاءِ، وَلَا يُعْتَبَرُ إِسْلَامُهُمَا إِلَّا أَنْ يَكُونَ الْوَلَدُ مُسْلِمًا، فَإِنَّ الْكَافِرَ يَلِي وَلَدَهُ الْكَافِرَ.
لَكِنْ لَوْ تَرَافَعُوا إِلَيْنَا لَمْ نُقِرَّهُمْ وَنَلِي نَحْنُ أَمْرَهُمْ بِخِلَافِ وِلَايَةِ النِّكَاحِ؛ لِأَنَّ الْمَقْصُودَ بِوِلَايَةِ الْمَالِ الْأَمَانَةُ، وَهِيَ فِي الْمُسْلِمِينَ أَقْوَى، وَالْمَقْصُودَ بِوِلَايَةِ النِّكَاحِ الْمُوَالَاةُ، وَهِيَ فِي الْكَافِرِ أَقْوَى، قَالَهُ الْمَاوَرْدِيُّ **(ثُمَّ وَصِيُّهُمَا)** أَيْ وَصِيُّ مَنْ تَأَخَّرَ مَوْتُهُ مِنْهُمَا؛ لِأَنَّهُ يَقُومُ مَقَامَهُ وَشَرْطُهُ الْعَدَالَةُ كَمَا سَيَأْتِي فِي الْوَصِيَّةِ **(ثُمَّ الْقَاضِي)** أَو أَمِينُهُ لِخَبَرِ «السُّلْطَانُ وَلِيُّ مَنْ لَا وَلِيَّ لَهُ» رَوَاهُ التِّرْمِذِيُّ وَحَسَّنَهُ وَالْحَاكِمُ وَصَحَّحَهُ، وَلَوْ كَانَ الْيَتِيمُ بِبَلَدٍ وَمَالُهُ فِي آخَرَ فَالْوَلِيُّ قَاضِي بَلَدِ الْمَالِ؛ لِأَنَّ الْوِلَايَةَ عَلَيْهِ تَرْتَبِطُ بِمَالِهِ كَمَالِ الْغَائِبِينَ، لَكِنَّ مَحَلَّهُ فِي تَصَرُّفِهِ فِيهِ بِالْحِفْظِ وَالتَّعَهُّدِ بِمَا يَقْتَضِيهِ الْحَالُ مَعَ الْغِبْطَةِ اللَّائِقَةِ إِذَا أَشْرَفَ عَلَى التَّلَفِ أَمَّا تَصَرُّفُهُ فِيهِ بِالتِّجَارَةِ وَالِاسْتِنْمَاءِ فَالْوِلَايَةُ عَلَيْهِ لِقَاضِي بَلَدِ الْيَتِيمِ؛ لِأَنَّهُ وَلِيُّهُ فِي النِّكَاحِ فَكَذَا فِي الْمَالِ كَمَا نَقَلَهُ فِي أَصْلِ الرَّوْضَةِ عَنِ الْغَزَالِيِّ وَأَقَرَّهُ.
قَالَ شَيْخُنَا: وَوَقَعَ لِلْإِسْنَوِيِّ عَزْوُ مَا يُخَالِفُ ذَلِكَ إِلَى الرَّوْضَةِ وَأَصْلِهَا فَاحْذَرْهُ.
قَالَ الْأَذْرَعِيُّ: وَعَلَى مَا فِي أَصْلِ الرَّوْضَةِ فَلِقَاضِي بَلَدِهِ الْعَدْلِ الْأَمِينِ أَنْ يَطْلُبَ مِنْ قَاضِي بَلَدِ مَالِهِ إِحْضَارَهُ إِلَيْهِ عِنْدَ أَمْنِ الطَّرِيقِ لِظُهُورِ الْمَصْلَحَةِ لَهُ فِيهِ، وَلْيَتَّجِرْ لَهُ فِيهِ ثَمَّ، أَو يَشْتَرِيَ لَهُ بِهِ عَقَارًا، وَيَجِبُ عَلَى قَاضِي بَلَدِ الْمَالِ إِسْعَافُهُ بِذَلِكَ، وَحُكْمُ الْمَجْنُونِ حُكْمُ الصَّبِيِّ فِي تَرْتِيبِ الْأَوْلِيَاءِ، وَكَذَا مَنْ بَلَغَ سَفِيهًا.
تَنْبِيهٌ: قَضِيَّةُ تَعْبِيرِهِ بِالصَّبِيِّ أَنَّهُ لَا وِلَايَةَ لِلْمَذْكُورِينَ عَلَى مَالِ الْأَجِنَّةِ وَصَرَّحَا بِهِ فِي الْفَرَائِضِ فِي الْكَلَامِ عَلَى مِيرَاثِ الْحَمْلِ لَكِنْ بِالنِّسْبَةِ إِلَى الْحَاكِمِ فَقَطْ، وَمِثْلُهُ الْبَقِيَّةُ.
قَالَ الْجُرْجَانِيُّ: وَإِذَا لَمْ يُوجَدْ أَحَدٌ مِنَ الْأَوْلِيَاءِ الْمَذْكُورِينَ، فَعَلَى الْمُسْلِمِينَ النَّظَرُ فِي حَالِ مَحْجُورِهِمْ وَتَوَلِّي حِفْظِ مَالِهِ **(وَلَا تَلِي الْأُمُّ فِي الْأَصَحِّ)** كَوِلَايَةِ النِّكَاحِ.
وَالثَّانِي: تَلِي بَعْدَ الْأَبِ وَالْجَدِّ وَتُقَدَّمُ عَلَى وَصِيِّهِمَا لِكَمَالِ شَفَقَتِهَا، وَكَذَا لَا وِلَايَةَ لِسَائِرِ الْعَصَبَاتِ كَالْأَخِ وَالْعَمِّ. نَعَمْ لَهُمُ الْإِنْفَاقُ مِنْ مَالِ الطِّفْلِ فِي تَأْدِيبِهِ وَتَعْلِيمِهِ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُمْ عَلَيْهِ وِلَايَةٌ؛ لِأَنَّهُ قَلِيلٌ فَسُومِحَ بِهِ، قَالَهُ فِي الْمَجْمُوعِ فِي إِحْرَامِ الْوَلِيِّ عَنِ الصَّبِيِّ.
قَالَ شَيْخُنَا: وَمِثْلُهُ الْمَجْنُونُ وَالسَّفِيهُ، انتهى.
أَمَّا السَّفِيهُ فَوَاضِحٌ. وَأَمَّا الْمَجْنُونُ فَفِيهِ نَظَرٌ.
نَعَمْ، إِنْ حُمِلَ عَلَى مَنْ لَهُ نَوْعُ تَمْيِيزٍ فَهُوَ ظَاهِرٌ وَلَعَلَّهُ مُرَادُهُ. انظر: مغني المحتاج (٨/ ٦١).

ادَّعَاهُ عَلَى الْوَصِيِّ وَالْأَمِينِ صُدِّقَ هُوَ بِيَمِينِهِ] (١).

باب الصُّلْحِ (٢)

(١) قال في «تحفة المحتاج» (١٤/ ٣٩٠): (**وَلَهُ بَيْعُ مَالِهِ بِعَرْضٍ وَنَسِيئَةٍ لِلْمَصْلَحَةِ**) كَرِبْحٍ وَخَوْفٍ مِنْ نَهْبٍ (**وَإِذَا بَاعَ نَسِيئَةً**) اُشْتُرِطَ يَسَارُ الْمُشْتَرِي وَعَدَالَتُهُ وَمِنْ لَازِمِهَا عَدَمُ مُمَاطَلَةٍ وَزِيَادَةٌ عَلَى النَّقْدِ تَلِيقُ بِالنَّسِيئَةِ وَقِصَرُ الْأَجَلِ عُرْفًا (**وَأَشْهَدَ**) وُجُوبًا (**عَلَى الْبَيْعِ وَارْتَهَنَ**) وُجُوبًا أَيْضًا (**بِهِ**) أَيْ: بِالثَّمَنِ رَهْنًا وَافِيًا وَلَا تُغْنِي عَنْهُ مُلَاءَةُ الْمُشْتَرِي؛ لِأَنَّهُ قَدْ يَتْلَفُ احْتِيَاطًا لِلْمَحْجُورِ فَإِنْ تَرَكَ وَاحِدًا مِمَّا ذُكِرَ بَطَلَ الْبَيْعُ إِلَّا إِذَا تَرَكَ الرَّهْنَ وَالْمُشْتَرِي مُوسِرٌ عَلَى مَا قَالَهُ الْإِمَامُ وَاقْتَضَاهُ كَلَامُهُمَا.
وَقَالَ السُّبْكِيُّ لَا اسْتِثْنَاءَ وَضَمِنَ نَعَمْ إِنْ بَاعَهُ لِمُضْطَرٍّ لَا رَهْنَ مَعَهُ جَازَ وَكَذَا لَوْ تَحَقَّقَ تَلَفُهُ وَأَنَّهُ لَا يَحْفَظُ إِلَّا بِبَيْعِهِ مِنْ مُعَيَّنٍ بِأَدْنَى ثَمَنٍ قِيَاسًا عَلَى مَا مَرَّ عَنِ الْقَفَّالِ وَلَوْ بَاعَ مَالَ وَلَدِهِ مِنْ نَفْسِهِ نَسِيئَةً لَمْ يَحْتَجْ لِارْتِهَانٍ وَبَحَثَ الْأَذْرَعِيُّ تَقْيِيدَهُ بِالْمَلِيءِ، وَلَا يُحْتَاجُ إِلَيْهِ لِمَا تَقَرَّرَ أَنَّ شَرْطَ الْبَيْعِ نَسِيئَةً يَسَارُ الْمُشْتَرِي وَإِنَّمَا لَمْ يَجِبِ الِارْتِهَانُ فِي إِقْرَاضِ مَالِهِ إِذَا رَأَى الْوَلِيُّ تَرْكَهُ لِتَمَكُّنِهِ مِنَ الْمُطَالَبَةِ أَيَّ وَقْتٍ شَاءَ بِخِلَافِهِ هُنَا فَإِنَّهُ قَدْ يُضَيِّعُ مَالَهُ قَبْلَ الْحُلُولِ وَالْأَوْلَى عَلَى مَا قَالَهُ الصَّيْدَلَانِيُّ أَنْ لَا يَرْتَهِنَ فِي الْبَيْعِ لِنَحْوِ نَهْبٍ إِذَا خَشِيَ عَلَى الْمَرْهُونِ؛ لِأَنَّهُ قَدْ يَرْفَعُهُ لِحَنَفِيٍّ يَضْمَنُهُ لَهُ وَأَفْتَى بَعْضُهُمْ بِأَنَّهُ يَلْزَمُ الْوَلِيَّ بَعْدَ الرُّشْدِ اسْتِخْلَاصُ دُيُونِ الْمَوْلَى كَعَامِلِ الْقِرَاضِ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ رِبْحٌ بَلْ أَوْلَى؛ لِأَنَّ الْعَامِلَ مَأْذُونٌ لَهُ مِنَ الْمَالِكِ وَهَذَا مِنْ جِهَةِ الشَّرْعِ وَيُؤَيِّدُهُ قَوْلُ الْبُلْقِينِيِّ فِي فَتَاوِيهِ عَلَى أَمِينِ الْحَاكِمِ مُطَالَبَةُ مَنْ اشْتَرَى بِالثَّمَنِ وَيُطَالِبُ الْوَلِيَّ بِثَمَنِ مَا اشْتَرَاهُ لِمُوَلِّيهِ فَإِنْ تَلِفَ مَالُ الْمَوْلَى فَإِنْ سَمَّى الْمَوْلَى فِي الْعَقْدِ فَهُوَ فِي ذِمَّتِهِ وَإِلَّا فَعَلَى الْوَلِيِّ إِلَّا نَائِبَ الْحَاكِمِ عَلَى مَا جَزَمَ بِهِ بَعْضُهُمْ وَلَوْ عَامِلٌ لَهُ فَاسِدًا فَوَجَبَتْ أُجْرَةُ مِثْلٍ لَزِمَتْ الْوَلِيَّ لِتَقْصِيرِهِ، انتهى.
وقال في «نهاية المحتاج» (١٤/ ٣٩٠): نَعَمْ؛ لَا يَلْزَمُ الْأَبَ وَالْجَدَّ الِارْتِهَانُ مِنْ نَفْسِهِمَا وَالدَّيْنُ عَلَيْهِمَا كَأَنْ بَاعَا مَالَهُ لِنَفْسِهِمَا نَسِيئَةً؛ لِأَنَّهُمَا أَمِينَانِ فِي حَقِّهِ، وَمَحَلُّ ذَلِكَ كَمَا قَالَهُ الْأَذْرَعِيُّ إِذَا كَانَ مَلِيًّا، وَإِلَّا فَهُوَ مُضَيِّعٌ، وَيَحْكُمُ الْقَاضِي بِصِحَّةِ بَيْعِهِمَا مَالَ وَلَدِهِمَا إِذَا رَفَعَاهُ إِلَيْهِ، وَإِنْ لَمْ يُثْبِتَا أَنَّ بَيْعَهُمَا وَقَعَ بِالْمَصْلَحَةِ؛ لِأَنَّهُمَا غَيْرُ مُتَّهَمَيْنِ فِي حَقِّ وَلَدِهِمَا وَيَجِبُ إِثْبَاتُهُمَا الْعَدَالَةَ لِيُسَجِّلَ لَهُمَا فِي أَوْجَهِ الْوَجْهَيْنِ، كَمَا يَجِبُ إِثْبَاتُ عَدَالَةِ الشُّهُودِ لِيُحْكَمَ وَلِهَذَا قَالَ ابْنُ الْعِمَادِ: يَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ هُوَ الْأَصَحَّ بِخِلَافِ مَا فِي شُهُودِ النِّكَاحِ؛ لِأَنَّ ذَاكَ فِي جَوَازِ تَرْكِ الْحَاكِمِ لَهُمَا عَلَى الْوَلَايَةِ وَهَذَا فِي طَلَبِهِمَا مِنْهُ التَّسْجِيلَ؛ لِأَنَّهُ يَسْتَدْعِي ثُبُوتَهُ عِنْدَهُ وَالثُّبُوتُ يَحْتَاجُ لِلتَّزْكِيَةِ، وَنَظَرُ ذَلِكَ أَنَّ الْحَاكِمَ لَا يَمْنَعُ الشُّرَكَاءَ مِنْ قِسْمَةِ دَارٍ بِأَيْدِيهِمْ وَلَا يُجِيبُهُمْ إِلَيْهَا إِلَّا بَعْدَ إِقَامَةِ بَيِّنَةٍ بِمِلْكِهَا لَهُمْ؛ لِأَنَّ الْقِسْمَةَ تَسْتَدْعِي الْحُكْمَ وَهُوَ يَحْتَاجُ إِلَى الْبَيِّنَةِ بِالْمِلْكِ وَهَذَا بِخِلَافِ الْوَصِيِّ وَالْأَمِينِ فَإِنَّهُ يَجِبُ إِقَامَتُهُمَا الْبَيِّنَةَ بِالْمَصْلَحَةِ وَبِعَدَالَتِهِمَا.

(٢) بطر أكثر شرح هذا الباب في الأصل. وشرحه الخطيب في «مغني المحتاج» بقوله: بَابُ الصُّلْحِ وَمَا يُذْكَرُ مَعَهُ مِنَ التَّزَاحُمِ عَلَى الْحُقُوقِ وَالتَّنَازُعِ فِيهَا، هُوَ لُغَةً: قَطْعُ النِّزَاعِ، وَشَرْعًا: عَقْدٌ يَحْصُلُ بِهِ ذَلِكَ، وَهُوَ أَنْوَاعٌ: صُلْحٌ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ وَالْكُفَّارِ، وَبَيْنَ الْإِمَامِ وَالْبُغَاةِ، وَبَيْنَ الزَّوْجَيْنِ عِنْدَ الشِّقَاقِ.
=

وَهُوَ قِسْمَانِ: أَحَدُهُمَا: يَجْرِي بَيْنَ الْمُتَدَاعِيَيْنِ، وَهُوَ نَوْعَانِ: أَحَدُهُمَا صُلْحٌ عَلَى إِقْرَارٍ، فَإِنْ جَرَى عَلَى عَيْنٍ غَيْرِ الْمُدَّعَاةِ فَهُوَ بَيْعٌ بِلَفْظِ الصُّلْحِ تَثْبُتُ فِيهِ أَحْكَامُهُ كَالشُّفْعَةِ وَالرَّدِّ بِالْعَيْبِ وَمَنْعِ تَصَرُّفِهِ قَبْلَ قَبْضِهِ، وَاشْتِرَاطِ التَّقَابُضِ إِنْ اتَّفَقَا فِي عِلَّةِ الرِّبَا، أَو عَلَى مَنْفَعَةٍ فَإِجَارَةٌ تَثْبُتُ أَحْكَامُهَا، أَو عَلَى بَعْضِ الْعَيْنِ الْمُدَّعَاةِ فَهِبَةٌ لِبَعْضِهَا لِصَاحِبِ الْيَدِ، فَتَثْبُتُ أَحْكَامُهَا، وَلَا يَصِحُّ بِلَفْظِ الْبَيْعِ، وَالْأَصَحُّ صِحَّتُهُ بِلَفْظِ الصُّلْحِ.

وَصُلْحٌ فِي الْمُعَامَلَةِ، وَهُوَ مَقْصُودُ الْبَابِ، وَالْأَصْلُ فِيهِ قَبْلَ الْإِجْمَاعِ قَوْله تَعَالَى: ﴿وَٱلصُّلْحُ خَيْرٌ﴾ [النِّسَاء: ١٢٨] وَخَبَرُ: «الصُّلْحُ جَائِزٌ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ إِلَّا صُلْحًا أَحَلَّ حَرَامًا أَو حَرَّمَ حَلَالًا» رَوَاهُ ابْنُ حِبَّانَ وَصَحَّحَهُ، وَالْكُفَّارُ كَالْمُسْلِمِينَ فِي ذَلِكَ، وَإِنَّمَا خَصَّهُمْ بِالذِّكْرِ لِانْقِيَادِهِمْ إِلَى الْأَحْكَام غَالِبًا، وَالصُّلْحُ الَّذِي يُحِلُّ الْحَرَامَ أَنْ يُصَالِحَ عَلَى خَمْرٍ وَنَحْوِهِ أَو مِنْ دَرَاهِمَ عَلَى أَكْثَرَ مِنْهَا، وَالَّذِي يُحَرِّمُ الْحَلَالَ: أَنْ يُصَالِحَ زَوْجَتَهُ عَلَى أَنْ لَا يُطَلِّقَهَا وَنَحْوِ ذَلِكَ، وَلَفْظُهُ يَتَعَدَّى لِلْمَتْرُوكِ بِمِنْ وَعَنْ، وَلِلْمَأْخُوذِ بِعَلَى وَالْبَاءِ غَالِبًا **(وَهُوَ قِسْمَانِ: أَحَدُهُمَا يَجْرِي بَيْنَ الْمُتَدَاعِيَيْنِ، وَهُوَ نَوْعَانِ: أَحَدُهُمَا صُلْحٌ عَلَى إِقْرَارٍ، فَإِنْ جَرَى عَلَى عَيْنٍ غَيْرِ الْمُدَّعَاةِ)** كَمَا إِذَا ادَّعَى عَلَيْهِ دَارًا فَأَقَرَّ لَهُ بِهَا وَصَالَحَهُ عَنْهَا بِمُعَيَّنٍ كَثَوْبٍ **(فَهُوَ بَيْعٌ)** لِلْعَيْنِ الْمُدَّعَاةِ مِنَ الْمُدَّعِي لِلْمُدَّعَى عَلَيْهِ **(بِلَفْظِ الصُّلْحِ)** وَيُسَمَّى صُلْحَ الْمُعَاوَضَةِ **(تَثْبُتُ فِيهِ أَحْكَامُهُ)** أَيْ الْبَيْعِ **(كَالشُّفْعَةِ وَالرَّدِّ بِالْعَيْبِ وَمَنْعِ تَصَرُّفِهِ)** فِي الْمُصَالَحِ عَلَيْهِ **(قَبْلَ قَبْضِهِ وَاشْتِرَاطِ التَّقَابُضِ إِنْ اتَّفَقَا)** أَيْ الْمُصَالَحُ عَنْهُ وَالْمُصَالَحُ عَلَيْهِ **(فِي عِلَّةِ الرِّبَا)** وَغَيْرِ ذَلِكَ مِنْ أَحْكَامِهِ كَاشْتِرَاطِ التَّسَاوِي إِذَا كَانَا جِنْسًا رِبَوِيًّا وَاشْتِرَاطِ الْقَطْعِ فِي بَيْعِ الزَّرْعِ الْأَخْضَرِ وَجَرَيَانِ التَّحَالُفِ عِنْدَ الِاخْتِلَافِ وَفَسَادُهُ بِالْغَرَرِ وَالشَّرْطِ الْفَاسِدِ وَالْجَهْلِ؛ لِأَنَّ حَدَّ الْبَيْعِ. يَصْدُقُ عَلَى ذَلِكَ.

أَمَّا إِذَا صَالَحَ عَلَى دَيْنٍ فَإِنَّهُ إِنْ كَانَ ذَهَبًا أَو فِضَّةً فَهُوَ بَيْعٌ أَيْضًا وَإِنْ كَانَ عَبْدًا أَو ثَوْبًا مَثَلًا مَوْصُوفًا بِصِفَةِ السَّلَم فَهُوَ سَلَمٌ، وَسَكَتَ الشَّيْخَانِ عَن ذَلِكَ لِظُهُورِهِ، وَلَوْ أَبْدَلَ الْمُصَنِّفُ عَيْنَ بِغَيْرِ لَدَخَلَ ذَلِكَ، لَكِنْ لَا يَنْعَقِدُ السَّلَمُ بِلَفْظِ الْبَيْعِ كَمَا تَقَدَّمَ فِي بَابِهِ **(أَوْ)** جَرَى الصُّلْحُ مِنَ الْعَيْنِ الْمُدَّعَاةِ **(عَلَى مَنْفَعَةٍ)** لِغَيْرِ الْعَيْنِ الْمُدَّعَاةِ كَخِدْمَةِ عَبْدٍ مُدَّةً مَعْلُومَةً **(فَإِجَارَةٌ تَثْبُتُ أَحْكَامُهَا)** أَيْ الْإِجَارَةِ فِي ذَلِكَ؛ لِأَنَّ حَدَّ الْإِجَارَةِ يَصْدُقُ عَلَى ذَلِكَ.

أَمَّا إِذَا صَالَحَ عَلَى مَنْفَعَةِ الْعَيْنِ الْمُدَّعَاةِ، فَإِنَّهَا إِعَارَةٌ تَثْبُتُ أَحْكَامُهَا، فَإِنْ عَيَّنَ مُدَّةً فَإِعَارَةٌ مُؤَقَّتَةٌ وَإِلَّا فَمُطْلَقَةٌ **(أَوْ)** جَرَى الصُّلْحُ **(عَلَى بَعْضِ الْعَيْنِ الْمُدَّعَاةِ)** كَرُبُعِهَا **(فَهِبَةٌ لِبَعْضِهَا)** الْبَاقِي **(لِصَاحِبِ الْيَدِ)** عَلَيْهَا **(فَتَثْبُتُ أَحْكَامُهَا)** أَيْ الْهِبَةِ الْمُقَرَّرَةِ فِي بَابِهَا مِنَ اشْتِرَاطِ الْقَبُولِ وَغَيْرِهِ لِصِدْقِ حَدِّهَا عَلَى ذَلِكَ فَتَصِحُّ فِي الْبَعْضِ الْمَتْرُوكِ بِلَفْظِ الْهِبَةِ وَالتَّمْلِيكِ وَنَحْوِهِمَا **(وَلَا يَصِحُّ بِلَفْظِ الْبَيْعِ)** لَهُ لِعَدَمِ الثَّمَنِ **(وَالْأَصَحُّ صِحَّتُهُ بِلَفْظِ الصُّلْحِ)** كَصَالَحْتُك مِنْ الدَّارِ عَلَى رُبُعِهَا؛ لِأَنَّ الْخَاصِّيَّةَ الَّتِي يَفْتَقِرُ إِلَيْهَا لَفْظُ الصُّلْحِ: هِيَ سَبْقُ الْخُصُومَةِ وَقَدْ حَصَلَتْ، وَالثَّانِي: لَا يَصِحُّ؛ لِأَنَّ لَفْظَ الصُّلْحِ يَتَضَمَّنُ الْمُعَاوَضَةَ وَلَا عِوَضَ هُنَاكَ لِلْمَتْرُوكِ، وَمُحَالٌ أَنْ يُقَابِلَ الْإِنْسَانُ مِلْكَهُ بِمِلْكِهِ.

وَلَو قَالَ: مِنْ غَيْرِ سَبْقِ خُصُومَةٍ صَالِحْنِي عَنْ دَارِك بِكَذَا فَالْأَصَحُّ بُطْلَانُهُ وَلَوْ صَالَحَ مِنْ دَيْنٍ عَلَى عَيْنٍ صَحَّ فَإِنْ تَوَافَقَا فِي عِلَّةِ الرِّبَا اُشْتُرِطَ قَبْضُ الْعِوَضِ فِي الْمَجْلِسِ، وَإِلَّا فَإِنْ كَانَ الْعِوَضُ عَيْنًا لَمْ يُشْتَرَطْ قَبْضُهُ فِي الْمَجْلِسِ فِي الْأَصَحِّ، أَو دَيْنًا اُشْتُرِطَ تَعْيِينُهُ فِي الْمَجْلِسِ، وَفِي قَبْضِهِ الْوَجْهَانِ، وَإِنْ صَالَحَ مِنْ دَيْنٍ عَلَى بَعْضِهِ فَهُوَ إبْرَاءٌ عَنْ بَاقِيهِ، ....

= وَحَمْلُهُ الْأَوَّلُ عَلَى الْهِبَةِ تَنْزِيلًا لِهَذَا اللَّفْظِ فِي كُلِّ مَوْضِعٍ عَلَى مَا يَلِيقُ بِهِ كَلَفْظِ التَّمْلِيكِ، وَيُسَمَّى هَذَا صُلْحَ الْحَطِيطَةِ.

(وَلَوْ قَالَ مِنْ غَيْرِ سَبْقِ خُصُومَةٍ: صَالِحْنِي عَن دَارِك) مَثَلًا **(بِكَذَا)** فَأَجَابَهُ **(فَالْأَصَحُّ بُطْلَانُهُ)**؛ لِأَنَّ لَفْظَ الصُّلْحِ يَسْتَدْعِي سَبْقَ الْخُصُومَةِ، سَوَاءٌ أَكَانَتْ عِنْدَ حَاكِمٍ أَمْ لَا، وَالثَّانِي: يَصِحُّ؛ لِأَنَّهُ مُعَاوَضَةٌ فَلَمْ يُشْتَرَطْ فِيهِ ذَلِكَ قِيَاسًا عَلَى الْبَيْعِ، وَمَحَلُّ الْخِلَافِ عِنْدَ عَدَمِ النِّيَّةِ، فَأَمَّا إذَا اسْتَعْمَلَاهُ وَنَوَيَا الْبَيْعَ فَإِنَّهُ يَكُونُ كِنَايَةً بِلَا شَكٍّ كَمَا قَالَهُ الشَّيْخَانِ وَإِنْ رَدَّهُ فِي الْمَطْلَبِ.

(وَلَوْ صَالَحَ مِنْ دَيْنٍ) يَجُوزُ الِاعْتِيَاضُ عَنْهُ **(عَلَى)** غَيْرِهِ **(عَيْنٍ)** أَو دَيْنٍ.

قَالَ الْإِسْنَوِيُّ: أَو مَنْفَعَةٍ **(صَحَّ)** لِعُمُومِ الْأَدِلَّةِ، سَوَاءٌ أَعَقَدَ بِلَفْظِ الْبَيْعِ أَو الصُّلْحِ أَو الْإِجَارَةِ. أَمَّا مَا لَا يَصِحُّ الِاعْتِيَاضُ عَنْهُ كَدَيْنِ السَّلَمِ فَإِنَّهُ لَا يَصِحُّ.

تَنْبِيهٌ: قَوْلُهُ: عَلَى عَيْنٍ وَقَعَ فِي نُسْخَةِ الْمُصَنِّفِ تَبَعًا لِلْمُحَرَّرِ، وَلَوْ عَبَّرَ بِغَيْرِ كَمَا قَدَّرْته فِي كَلَامِهِ لَكَانَ أَوْلَى مِنْ لَفْظَةِ عَيْنٍ تُنَافِي كَمَا قَالَ الْفَزَارِيّ تَفْصِيلَهُ الْآتِي بِقَوْلِهِ، فَإِنْ كَانَ الْعِوَضُ عَيْنًا إلَى قَوْلِهِ أَو دَيْنًا.

وَقَالَ السُّبْكِيُّ: إنَّهُ يُوجَدُ فِي بَعْضِ نُسَخِ الْمُحَرَّرِ عَلَى عِوَضٍ وَهُوَ الصَّوَابُ لِتَقْسِيمِهِ إيَّاهُ بَعْدُ إلَى عَيْنٍ وَدَيْنٍ انتهى.

وَأَجَابَ الشَّارِحُ عَن هَذَا كَمَا سَيَأْتِي التَّنْبِيهُ عَلَيْهِ. **(فَإِنْ تَوَافَقَا)** أَيْ الدَّيْنُ الْمُصَالَحُ عَنْهُ وَالْعِوَضُ الْمُصَالَحُ عَلَيْهِ **(فِي عِلَّةِ الرِّبَا)** كَالصُّلْحِ عَن فِضَّةٍ بِذَهَبٍ **(اُشْتُرِطَ قَبْضُ الْعِوَضِ فِي الْمَجْلِسِ)** حَذَرًا مِنْ الرِّبَا، فَإِنْ تَفَرَّقَا قَبْلَ قَبْضِهِ بَطَلَ الصُّلْحُ، وَلَا يُشْتَرَطُ تَعْيِينُهُ فِي الْعَقْدِ عَلَى الْأَصَحِّ **(وَإِلَّا)** قَالَ الشَّارِحُ: أَيْ وَإِنْ لَمْ يَتَوَافَقْ الْمُصَالَحُ مِنْهُ الدَّيْنُ وَالْمُصَالَحُ عَلَيْهِ فِي عِلَّةِ الرِّبَا فَجَعَلَهُ مُنْقَطِعًا عَن الْأَوَّلِ، وَمَثَّلَهُ بِقَوْلِهِ: كَالصُّلْحِ عَن فِضَّةٍ بِحِنْطَةٍ أَو ثَوْبٍ **(فَإِنْ كَانَ الْعِوَضُ عَيْنًا لَمْ يُشْتَرَطْ قَبْضُهُ فِي الْمَجْلِسِ فِي الْأَصَحِّ)** كَمَا لَوْ بَاعَ ثَوْبًا بِدَرَاهِمَ فِي الذِّمَّةِ لَا يُشْتَرَطُ قَبْضُ الثَّوْبِ فِي الْمَجْلِسِ، وَالثَّانِي: يُشْتَرَطُ؛ لِأَنَّ أَحَدَ الْعِوَضَيْنِ دَيْنٌ فَيُشْتَرَطُ قَبْضُ الْآخَرِ فِي الْمَجْلِسِ كَرَأْسِ مَالِ السَّلَمِ **(أَوْ)** كَانَ الْعِوَضُ **(دَيْنًا)** كَصَالَحْتُك عَن دَرَاهِمِي الَّتِي عَلَيْك بِكَذَا **(اُشْتُرِطَ تَعْيِينُهُ فِي الْمَجْلِسِ)** لِيَخْرُجَ عَن بَيْعِ الدَّيْنِ بِالدَّيْنِ **(وَفِي قَبْضِهِ)** فِي الْمَجْلِسِ **(الْوَجْهَانِ)** أَصَحُّهُمَا لَا يُشْتَرَطُ وَإِنْ كَانَا رِبَوِيَّيْنِ اُشْتُرِطَ لِمَا سَبَقَ فِي الِاسْتِبْدَالِ عَن الثَّمَنِ، وَلَوْ أَحَالَ الْمُصَنِّفُ عَلَيْهِ لَاسْتَغْنَى عَن هَذَا التَّفْصِيلِ وَإِنْ كَانَ الْعِوَضُ مَنْفَعَةً قَبَضَهَا بِقَبْضِ مَحَلِّهَا فِيهِ.

قَالَ الْإِسْنَوِيُّ: وَيُتَّجَهُ تَخْرِيجُ اشْتِرَاطِهِ عَلَى الْخِلَافِ فِيمَا إذَا صَالَحَ عَلَى عَيْنٍ **(وَإِنْ صَالَحَ مِنْ دَيْنٍ عَلَى بَعْضِهِ)** كَرُبُعِهِ **(فَهُوَ إبْرَاءٌ عَن بَاقِيهِ)**؛ لِأَنَّهُ مَعْنَاهُ فَتَثْبُتُ فِيهِ أَحْكَامُهُ، وَعُلِمَ مِنْ كَلَامِهِ أَنَّ الصُّلْحَ عَن الدَّيْنِ يَنْقَسِمُ إلَى مُعَاوَضَةٍ وَحَطِيطَةٍ كَالْعَيْنِ، وَأَفْهَمَ أَنَّهُ لَا يُشْتَرَطُ قَبْضُ الْبَاقِي فِي =

وَيَصِحُّ بِلَفْظِ الْإِبْرَاءِ وَالْحَطِّ وَنَحْوِهِمَا وَبِلَفْظِ الصُّلْحِ فِي الْأَصَحِّ وَلَوْ صَالَحَ مِنْ حَالٍّ عَلَى مُؤَجَّلٍ مِثْلِهِ أَو عَكَسَ لَغَا، فَإِنْ عَجَّلَ الْمُؤَجَّلَ صَحَّ الْأَدَاءُ وَلَوْ صَالَحَ مِنْ عَشَرَةٍ حَالَّةٍ عَلَى خَمْسَةٍ مُؤَجَّلَةٍ بَرِئَ مِنْ خَمْسَةٍ وَبَقِيَتْ خَمْسَةٌ حَالَّةٌ، ....

= الْمَجْلِسِ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَجْعَلْ هَذَا الْعَقْدَ مُعَاوَضَةً، بَلْ إِبْرَاءً، وَهَلْ يَعُودُ الدَّيْنُ إِذَا امْتَنَعَ الْمُبْرَأُ مِنْ أَدَاءِ الْبَاقِي أَمْ لَا؟

وَجْهَانِ أَصَحُّهُمَا عَدَمُ الْعَوْدِ **(وَيَصِحُّ بِلَفْظِ الْإِبْرَاءِ وَالْحَطِّ وَنَحْوِهِمَا)** كَالْوَضْعِ وَالْإِسْقَاطِ لِمَا فِي الصَّحِيحَيْنِ: عَن كَعْبِ بْنِ مَالِكٍ: طَلَبَ مِنْ عَبْدِ الله بْنِ أَبِي حَدْرَدٍ دَيْنًا لَهُ عَلَيْهِ، فَارْتَفَعَتْ أَصْوَاتُهُمَا فِي الْمَجْلِسِ حَتَّى سَمِعَهُمَا رَسُولُ الله - صَلَّى الله عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - فَخَرَجَ إِلَيْهِمَا وَنَادَى: يَا كَعْبُ! فَقَالَ لَبَّيْكَ يَا رَسُولَ الله! فَأَشَارَ بِيَدِهِ أَنْ ضَعِ الشَّطْرَ! فَقَالَ قَدْ فَعَلْت، فَقَالَ صَلَّى الله عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: قُمْ فَاقْضِهِ، وَإِذَا جَرَى ذَلِكَ بِصِيغَةِ الْإِبْرَاءِ: كَأَبْرَأْتُكَ مِنْ خَمْسِمِائَةٍ مِنَ الْأَلْفِ الَّذِي لِي عَلَيْك أَو نَحْوِهَا مِمَّا تَقَدَّمَ: كَوَضَعْتهَا أَو أَسْقَطْتهَا عَنْك لَا يُشْتَرَطُ الْقَبُولُ عَلَى الْمَذْهَبِ، سَوَاءٌ أَقُلْنَا الْإِبْرَاءُ إِسْقَاطٌ أَمْ تَمْلِيكٌ **(وَ)** يَصِحُّ **(بِلَفْظِ الصُّلْحِ فِي الْأَصَحِّ)** كَصَالَحْتُكَ عَنِ الْأَلْفِ الَّذِي لِي عَلَيْك عَلَى خَمْسِمِائَةٍ، وَالْخِلَافُ كَالْخِلَافِ فِي الصُّلْحِ مِنَ الْعَيْنِ عَلَى بَعْضِهَا: بِلَفْظِ الصُّلْحِ، فَيُؤْخَذُ تَوْجِيهُهُ مِمَّا تَقَدَّمَ. وَهَلْ يُشْتَرَطُ الْقَبُولُ فِي هَذِهِ الْحَالَةِ؟ فِيهِ خِلَافٌ مُدْرَكُهُ مُرَاعَاةُ اللَّفْظِ أَو الْمَعْنَى، وَالْأَصَحُّ عَلَى مَا دَلَّ عَلَيْهِ كَلَامُ الشَّيْخَيْنِ هُنَا اشْتِرَاطُهُ، وَلَا يَصِحُّ هَذَا الصُّلْحُ بِلَفْظِ الْبَيْعِ كَنَظِيرِهِ فِي الصُّلْحِ عَنِ الْعَيْنِ.

تَنْبِيهٌ: مُقْتَضَى كَلَامِ الْمُصَنِّفِ الْبُطْلَانُ فِيمَا لَوْ كَانَتْ الْخَمْسُمِائَةِ الْمُصَالَحِ بِهَا مُعَيَّنَةً وَهُوَ مَا رَجَّحَهُ الْقَاضِي وَالْإِمَامُ، وَقَطَعَ بِهِ الْقَفَّالُ، وَصَوَّبَهُ فِي الْمُهِمَّاتِ، وَجَرَى عَلَيْهِ ابْنُ الْمُقْرِي؛ لِأَنَّ تَعْيِينَهَا يَقْتَضِي كَوْنَهَا عِوَضًا فَيَصِيرُ بَائِعًا الْأَلْفَ بِخَمْسِمِائَةٍ وَمُقْتَضَى كَلَام أَصْلِ الرَّوْضَةِ الصِّحَّةُ، وَجَرَى عَلَيْهِ الْبَغَوِيّ وَالْمُتَوَلِّي وَالْخُوَارِزْمِيّ، وَهُوَ الْمُعْتَمَدُ؛ لِأَنَّ الصُّلْحَ مِنْ الْأَلْفِ عَلَى بَعْضِهِ إِبْرَاءٌ لِلْبَعْضِ وَاسْتِيفَاءٌ لِلْبَاقِي، فَلَا فَرْقَ بَيْنَ الْمُعَيَّنِ وَغَيْرِهِ. **(وَلَوْ صَالَحَ مِنْ)** دَيْنٍ **(حَالٍّ عَلَى مُؤَجَّلٍ مِثْلِهِ)** جِنْسًا وَقَدْرًا وَصِفَةً **(أَوْ عَكَسَ)** أَيْ صَالَحَ مِنْ مُؤَجَّلٍ عَلَى حَالٍّ مِثْلِهِ كَذَلِكَ **(لَغَا)** الصُّلْحُ؛ لِأَنَّهُ وَعْدٌ فِي الْأُولَى مِنَ الدَّائِنِ بِإِلْحَاقِ الْأَجَلِ، وَصِفَةُ الْحُلُولِ لَا يَصِحُّ إِلْحَاقُهَا، وَفِي الثَّانِيَةِ وَعْدٌ مِنَ الْمَدْيُونِ بِإِسْقَاطِ الْأَجَلِ، وَهُوَ لَا يَسْقُطُ، وَالصِّحَّةُ وَالتَّكْسِيرُ كَالْحُلُولِ وَالتَّأْجِيلِ **(فَإِنْ عَجَّلَ)** الدَّيْنَ **(الْمُؤَجَّلَ صَحَّ الْأَدَاءُ)** وَسَقَطَ الْأَجَلُ لِصُدُورِ الْإِيفَاءِ وَالِاسْتِيفَاءُ مِنْ أَهْلِهِمَا. نَعَمْ؛ إِنْ ظَنَّ الْمُؤَدِّي صِحَّةَ الصُّلْحِ لَمْ يَسْقُطْ الْأَجَلُ وَاسْتَرَدَّ مَا عَجَّلَهُ، كَمَنْ ظَنَّ أَنَّ عَلَيْهِ دَيْنًا فَأَدَّاهُ فَبَانَ خِلَافُهُ فَإِنَّهُ يَسْتَرِدُّ كَمَا قَالَ السُّبْكِيُّ قَطْعًا، وَهَذِهِ الْمَسْأَلَةُ فَرْدٌ مِنْ أَفْرَادِ قَاعِدَةٍ مُتَكَرِّرَةٍ، وَهِيَ إِذَا شُرِطَ عَلَيْهِ شَيْءٌ مِنَ التَّصَرُّفَاتِ لَا يَلْزَمُهُ الْوَفَاءُ بِهِ، كَمَا لَوْ شَرَطَ بَيْعًا فِي بَيْعٍ فَفَعَلَ الْمَشْرُوطَ عَلَيْهِ جَاهِلًا بِبُطْلَانِ الْعَقْدِ الْمَشْرُوطِ، كَأَنْ أَتَى بِالْبَيْعِ الثَّانِي، فَهَلْ يَنْفُذُ لِكَوْنِهِ تَصَرُّفًا صَحِيحًا فِي نَفْسِهِ أَو لَا لِكَوْنِهِ وَفَاءً بِالشَّرْطِ الْفَاسِدِ؟ فِيهِ خِلَافٌ، وَقَدْ اضْطَرَبَ التَّرْجِيحُ فِي هَذِهِ الْقَاعِدَةِ كَمَا بَيَّنَهُ فِي الْمُهِمَّاتِ. ثُمَّ قَالَ: وَقَدْ تَظَافَرَتْ نُصُوصُ الشَّافِعِيِّ عَلَى الْبُطْلَانِ، فَلْتَكُنْ الْفَتْوَى عَلَيْهِ وَلَا عِبْرَةَ بِمَا عَدَاهُ. **(وَلَوْ صَالَحَ مِنْ عَشَرَةٍ حَالَّةٍ عَلَى خَمْسَةٍ مُؤَجَّلَةٍ بَرِئَ مِنْ خَمْسَةٍ وَبَقِيَتْ خَمْسَةٌ حَالَّةٌ)**؛ لِأَنَّهُ سَامَحَ بِحَطِّ الْبَعْضِ وَوَعَدَ =

وَلَوْ عَكَسَ لَغَا.

النَّوْعُ الثَّانِي: الصُّلْحُ عَلَى الْإِنْكَارِ، فَيَبْطُلُ إنْ جَرَى عَلَى نَفْسِ الْمُدَّعِي.

= بِتَأْجِيلِ الْبَاقِي، وَالْوَعْدُ لَا يَلْزَمُ، وَالْحَطُّ صَحِيحٌ **(وَلَوْ عَكَسَ)** بِأَنْ صَالَحَ مِنْ عَشَرَةٍ مُؤَجَّلَةٍ عَلَى خَمْسَةٍ حَالَّةٍ **(لَغَا)** الصُّلْحُ؛ لِأَنَّ صِفَةَ الْحُلُولِ لَا يَصِحُّ إلْحَاقُهَا، وَالْخَمْسَةُ الْأُخْرَى إنَّمَا تَرَكَهَا فِي مُقَابَلَةِ ذَلِكَ، فَإِنْ لَمْ يَحْصُلْ الْحُلُولُ لَا يَصِحُّ التَّرْكُ، وَالصِّحَّةُ وَالتَّكْسِيرُ كَالْحُلُولِ وَالتَّأْجِيلِ. تَنْبِيهٌ: قَدْ عُلِمَ مِمَّا تَقَرَّرَ أَنَّ أَقْسَامَ الصُّلْحِ سِتَّةٌ: الْبَيْعُ وَالْإِجَارَةُ وَالْعَارِيَّةُ وَالْهِبَةُ وَالسَّلَمُ وَالْإِبْرَاءُ، وَبَقِيَ مِنْهَا أَشْيَاءُ أُخَرُ مِنْهَا الْخُلْعُ كَصَالَحْتُك مِنْ كَذَا عَلَى أَنْ تُطَلِّقَنِي طَلْقَةً.
وَمِنْهَا الْمُعَاوَضَةُ مِنْ دَمِ الْعَمْدِ كَصَالَحْتُكَ مِنْ كَذَا عَلَى رَدِّ عَبْدِي.
وَمِنْهَا الْفِدَاءُ كَقَوْلِهِ لِلْحَرْبِيِّ صَالَحْتُك مِنْ كَذَا عَلَى إطْلَاقِ هَذَا الْأَسِيرِ.
وَمِنْهَا الْفَسْخُ كَأَنْ صَالَحَ مِنْ الْمُسْلَمِ فِيهِ عَلَى رَأْسِ الْمَالِ وَكَأَنَّهُ تَرَكَهَا كَغَيْرِهِ لِأَخْذِهَا مِمَّا ذُكِرَ **(النَّوْعُ الثَّانِي الصُّلْحُ عَلَى الْإِنْكَارِ)** أَو السُّكُوتِ مِنْ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ كَمَا قَالَهُ فِي الْمَطْلَبِ عَنْ سُلَيْم الرَّازِيِّ وَغَيْرِهِ كَأَنْ ادَّعَى عَلَيْهِ شَيْئًا فَأَنْكَرَهُ أَو سَكَتَ ثُمَّ صَالَحَ عَنْهُ **(فَيَبْطُلُ إنْ جَرَى عَلَى نَفْسِ الْمُدَّعَى)** كَأَنْ يَدَّعِيَ عَلَيْهِ دَارًا فَيُصَالِحَهُ عَلَيْهَا بِأَنْ يَجْعَلَهَا لِلْمُدَّعِي أَو لِلْمُدَّعَى عَلَيْهِ كَمَا يَصْدُقُ بِذَلِكَ عِبَارَةُ الْمُصَنِّفِ، وَكِلَا الصُّورَتَيْنِ بَاطِلٌ، وَفِي الرَّوْضَةِ وَأَصْلِهَا عَلَى غَيْرِ الْمُدَّعَى، كَأَنْ يُصَالِحَهُ عَن الدَّارِ بِثَوْبٍ أَو دَيْنٍ.
قَالَ الشَّارِحُ: وَكَأَنَّ نُسْخَةَ الْمُصَنِّفِ مِنْ الْمُحَرَّرِ عَيْنٌ فَعَبَّرَ عَنْهَا بِالنَّفْسِ وَلَمْ يُلَاحِظْ مُوَافَقَةَ مَا فِي الشَّرْحِ، فَهُمَا مَسْأَلَتَانِ حُكْمُهُمَا وَاحِدٌ انتهى. وَيُرِيدُ بِذَلِكَ دَفْعَ اعْتِرَاضِ الْمُصَحِّحِ فَإِنَّهُ قَالَ: الصَّوَابُ التَّعْبِيرُ بِالْغَيْرِ. وَقَالَ الدَّمِيرِيُّ: عِبَارَةُ الْمُحَرَّرِ غَيْرُ وَكَأَنَّ الرَّاءَ تَصَحَّفَتْ عَلَى الْمُصَنِّفِ بِالنُّونِ فَعَبَّرَ عَنْهَا بِالنَّفْسِ، فَإِنْ قِيلَ التَّعْبِيرُ بِالنَّفْسِ لَا يَسْتَقِيمُ؛ لِأَنَّ عَلَى وَالْبَاءَ يَدْخُلَانِ عَلَى الْمَأْخُوذِ وَمِنْ وَعَنْ عَلَى الْمَتْرُوكِ. أُجِيبَ بِأَنَّ ذَلِكَ جَرَى عَلَى الْغَالِبِ كَمَا مَرَّتْ الْإِشَارَةُ إلَيْهِ، وَبِأَنَّ الْمُدَّعَى الْمَذْكُورَ مَأْخُوذٌ وَمَتْرُوكٌ بِاعْتِبَارَيْنِ، غَايَتُهُ أَنَّ إلْغَاءَ الصُّلْحِ فِي ذَلِكَ لِلْإِنْكَارِ وَلِفَسَادِ الصِّيغَةِ بِاتِّحَادِ الْعِوَضَيْنِ، وَإِنَّمَا امْتَنَعَ الصُّلْحُ عَلَى غَيْرِ إقْرَارٍ خِلَافًا لِلْأَئِمَّةِ الثَّلَاثَةِ قِيَاسًا عَلَى مَا لَوْ أَنْكَرَ الْخُلْعَ وَالْكِتَابَةَ ثُمَّ تَصَالَحَا عَلَى شَيْءٍ؛ وَلِأَنَّ الْمُدَّعِيَ إنْ كَانَ كَاذِبًا، فَقَدْ اسْتَحَلَّ مِنْ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ مَالَهُ وَهُوَ حَرَامٌ، وَإِنْ كَانَ صَادِقًا فَقَدْ حَرَّمَ عَلَيْهِ مَالَهُ الْحَلَالَ، فَدَخَلَ فِي قَوْلِهِ صَلَّى الله عَلَيْهِ وَسَلَّمَ «إلَّا صُلْحًا أَحَلَّ حَرَامًا أَو حَرَّمَ حَلَالًا» فَإِنْ قِيلَ: الصُّلْحُ لَمْ يُحَرِّمْ الْحَلَالَ وَلَمْ يُحَلِّلْ الْحَرَامَ، بَلْ هُوَ عَلَى مَا كَانَ عَلَيْهِ مِنْ التَّحْرِيمِ وَالتَّحْلِيلِ. أُجِيبَ بِأَنَّ الصُّلْحَ هُوَ الْمُجَوِّزُ لَهُ الْإِقْدَامَ عَلَى ذَلِكَ فِي الظَّاهِرِ. وَأَمَّا فِيمَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ الله تَعَالَى فَسَيَأْتِي. وَلَوْ أُقِيمَتْ عَلَيْهِ بَيِّنَةٌ بَعْدَ الْإِنْكَارِ جَازَ الصُّلْحُ كَمَا قَالَهُ الْمَاوَرْدِيُّ؛ لِأَنَّ لُزُومَ الْحَقِّ بِالْبَيِّنَةِ كَلُزُومِهِ بِالْإِقْرَارِ، وَلَوْ أَقَرَّ ثُمَّ أَنْكَرَ جَازَ الصُّلْحُ، وَإِذَا تَصَالَحَا ثُمَّ اخْتَلَفَا فِي أَنَّهُمَا تَصَالَحَا عَلَى إقْرَارٍ أَو إنْكَارٍ، فَالَّذِي نَصَّ عَلَيْهِ الشَّافِعِيُّ أَنَّ الْقَوْلَ قَوْلُ مُدَّعِي الْإِنْكَارِ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ أَنْ لَا عَقْدَ.
فَإِنْ قِيلَ: لَوْ تَنَازَعَ الْمُتَعَاقِدَانِ هَلْ وَقَعَ الْعَقْدُ صَحِيحًا أَو فَاسِدًا كَانَ الْقَوْلُ قَوْلَ مُدَّعِي الصِّحَّةِ كَمَا مَرَّ فَهَلَّا كَانَ هُنَا كَذَلِكَ؟ أُجِيبَ بِأَنَّ الظَّاهِرَ وَالْغَالِبَ جَرَيَانُ الْبَيْعِ عَلَى الصِّحَّةِ، وَالْغَالِبَ وُقُوعُ الصُّلْحِ عَلَى الْإِنْكَارِ. وَلَوْ ادَّعَى عَلَيْهِ عَيْنًا فَقَالَ: رَدَدْتها عَلَيْكَ ثُمَّ صَالَحَهُ. قَالَ الْبَغَوِيّ =

وَكَذَا إنْ جَرَى عَلَى بَعْضِهِ فِي الْأَصَحِّ.

وَقَوْلُهُ: صَالِحْنِي عَلَى الدَّارِ الَّتِي تَدَّعِيهَا لَيْسَ إقْرَارًا فِي الْأَصَحِّ.

الْقِسْمُ الثَّانِي: يَجْرِي بينَ الْمُدَّعِي وَالْأَجْنَبِيِّ: فَإِنْ قَالَ: وَكَّلَنِي الْمُدَّعَى عَلَيْهِ

= فِي فَتَاوِيهِ: إنْ كَانَتْ فِي يَدِهِ أَمَانَةٌ لَمْ يَصِحَّ الصُّلْحُ؛ لِأَنَّ الْقَوْلَ قَوْلُهُ فَيَكُونُ صُلْحًا عَلَى إنْكَارٍ، وَإِنْ كَانَتْ مَضْمُونَةً فَقَوْلُهُ فِي الرَّدِّ غَيْرُ مَقْبُولٍ وَقَدْ أَقَرَّ بِالضَّمَانِ فَيَصِحُّ الصُّلْحُ، وَيُحْتَمَلُ بُطْلَانُهُ فَإِنَّهُ لَمْ يُقِرَّ أَنَّ عَلَيْهِ شَيْئًا انتهى.

وَالْأَوَّلُ أَظْهَرُ، وَإِنْ صَالَحَ عَلَى الْإِنْكَارِ فَإِنْ كَانَ الْمُدَّعِي مُحِقًّا فَيَحِلُّ لَهُ فِيمَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ الله تَعَالَى أَنْ يَأْخُذَ مَا يَبْذُلُ لَهُ قَالَهُ الْمَاوَرْدِيُّ وَهُوَ صَحِيحٌ فِي صُلْحِ الْحَطِيطَةِ وَفِيهِ فَرْضُ كَلَامِهِ.

وَأَمَّا إذَا صَالَحَ عَنْ غَيْرِ الْمُدَّعَى فَفِيهِ مَا يَأْتِي فِي مَسْأَلَةِ الظُّفْرِ قَالَهُ الْإِسْنَوِيُّ، قَالَ: وَلَوْ أَنْكَرَ فَصُولِحَ ثُمَّ أَقَرَّ كَانَ الصُّلْحُ بَاطِلًا قَالَهُ الْمَاوَرْدِيُّ.

فَإِنْ قِيلَ إذَا أَقَرَّ بِأَنَّهُ كَانَ مِلْكًا لِلْمُصَالِحِ حَالَ الصُّلْحِ، فَيَنْبَغِي الصِّحَّةُ لِاتِّفَاقِهِمَا عَلَى أَنَّ الْعَقْدَ جَرَى بِشُرُوطِهِ فِي عِلْمِهِمَا أَو فِي نَفْسِ الْأَمْرِ.

أُجِيبَ بِأَنَّ شَرْطَ صِحَّةِ الصُّلْحِ الْإِقْرَارُ وَهُوَ مُنْتَفٍ حَالَ الْعَقْدِ، وَيَصِحُّ إبْرَاءُ الْمُنْكِرِ وَلَوْ بَعْدَ التَّحْلِيفِ، وَلَوْ تَصَالَحَا بَعْدَ التَّحْلِيفِ لَمْ يَصِحَّ كَمَا لَوْ تَصَالَحَا قَبْلَهُ **(وَكَذَا)** يَبْطُلُ الصُّلْحُ **(إنْ جَرَى عَلَى بَعْضِهِ فِي الْأَصَحِّ)** أَيْ الْمُدَّعَى كَمَا لَوْ كَانَ عَلَى غَيْرِ الْمُدَّعَى.

وَالثَّانِي: يَصِحُّ لِاتِّفَاقِهِمَا عَلَى أَنَّ الْبَعْضَ مُسْتَحَقٌّ لِلْمُدَّعِي وَلَكِنَّهُمَا مُخْتَلِفَانِ فِي جِهَةِ الِاسْتِحْقَاقِ وَاخْتِلَافُهُمَا فِي الْجِهَةِ لَا يَمْنَعُ الْأَخْذَ، وَيُسْتَثْنَى مِنْ مَحَلِّ الْوَجْهَيْنِ مَا إذَا كَانَ الْمُدَّعَى دَيْنًا وَتَصَالَحَا عَنْ أَلْفٍ عَلَى خَمْسِمِائَةٍ فِي الذِّمَّةِ فَإِنَّهُ لَا يَصِحُّ جَزْمًا؛ لِأَنَّ الصَّحِيحَ إنَّمَا هُوَ تَقْدِيرُ الْهِبَةِ وَإِيرَادُ الْهِبَةِ عَلَى مَا فِي الذِّمَّةِ مُمْتَنِعٌ، بِخِلَافِ مَا إذَا صَالَحَهُ عَلَى خَمْسِمِائَةٍ مُعَيَّنَةٍ فَإِنَّهُ لَا يَصِحُّ فِي الْأَصَحِّ، وَيُسْتَثْنَى مِنْ بُطْلَانِ الصُّلْحِ عَلَى الْإِنْكَارِ مَسَائِلُ: مِنْهَا اصْطِلَاحُ الْوَرَثَةِ فِيمَا وُقِفَ بَيْنَهُمْ كَمَا سَيَأْتِي إذَا لَمْ يَبْذُلْ أَحَدٌ عِوَضًا مِنْ خَالِصِ مِلْكِهِ، وَمِنْهَا مَا إذَا أَسْلَمَ عَلَى أَكْثَرَ مِنْ أَرْبَعِ نِسْوَةٍ وَمَاتَ قَبْلَ الِاخْتِيَارِ أَو طَلَّقَ إحْدَى زَوْجَتَيْهِ وَمَاتَ قَبْلَ الْبَيَانِ أَو التَّعْيِينِ وَوُقِفَ الْمِيرَاثُ بَيْنَهُنَّ فَاصْطَلَحْنَ، وَمِنْهَا مَا لَوْ تَدَاعَيَا وَدِيعَةً عِنْدَ رَجُلٍ فَقَالَ: لَا أَعْلَمُ لِأَيِّكُمَا هِيَ، أَو دَارًا فِي يَدِهِمَا، فَأَقَامَ كُلٌّ بَيِّنَةً ثُمَّ اصْطَلَحَا. **(وَقَوْلُهُ)** بَعْدَ إنْكَارِهِ **(صَالِحْنِي عَلَى الدَّارِ)** مَثَلًا **(الَّتِي تَدَّعِيهَا لَيْسَ إقْرَارًا فِي الْأَصَحِّ)** لِاحْتِمَالِ أَنْ يُرِيدَ قَطْعَ الْخُصُومَةِ لَا غَيْرُ، وَالثَّانِي: إقْرَارٌ لِتَضَمُّنِهِ الِاعْتِرَافَ كَمَا لَوْ قَالَ: مَلِّكْنِي وَدُفِعَ بِمَا مَرَّ، وَعَلَى الْأَوَّلِ يَكُونُ الصُّلْحُ بَعْدَ هَذَا الِالْتِمَاسِ صُلْحَ إنْكَارٍ.

أَمَّا إذَا قَالَ ذَلِكَ ابْتِدَاءً قَبْلَ إنْكَارِهِ فَإِنَّهُ يَبْطُلُ جَزْمًا، وَلَوْ قَالَ: بِعْنِي الْعَيْنَ الَّتِي تَدَّعِيهَا أَو هَبْنِيهَا أَو زَوِّجْنِي هَذِهِ الْأَمَةَ أَو أَبْرِئْنِي مِمَّا تَدَّعِيهِ، فَإِقْرَارٌ؛ لِأَنَّهُ صَرِيحٌ فِي الْتِمَاسِ التَّمَلُّكِ أَو قَالَ: أَعِرْنِي أَو أَجِرْنِي لَمْ يَكُنْ إقْرَارًا فِي أَحَدِ وَجْهَيْنِ يَظْهَرُ كَمَا قَالَ شَيْخُنَا: تَرْجِيحُهُ؛ لِأَنَّ الْإِنْسَانَ قَدْ يَسْتَعِيرُ مِلْكَهُ وَيَسْتَأْجِرُهُ مِنْ مُسْتَأْجِرِهِ وَلَكِنْ يَظْهَرُ كَمَا قَالَ شَيْخُنَا أَيْضًا أَنَّهُ إقْرَارٌ بِأَنَّهُ مَالِكٌ لِلْمَنْفَعَةِ، وَلَوْ قَالَ صَالِحْنِي عَنْ دَعْوَاكَ فَلَيْسَ بِإِقْرَارٍ جَزْمًا.

(الْقِسْمُ الثَّانِي) مِنْ الصُّلْحِ **(يَجْرِي بَيْنَ الْمُدَّعِي وَالْأَجْنَبِيِّ. (فَإِنْ قَالَ)** الأَجْنَبِيُّ **(وَكَّلَنِي الْمُدَّعَى عَلَيْهِ** =

فِي الصُّلْحِ وَهُوَ مُقِرٌّ لَك صَحَّ وَلَوْ صَالَحَ لِنَفْسِهِ وَالْحَالَةُ هَذِهِ صَحَّ وَكَأَنَّهُ اشْتَرَاهُ،

فِي الصُّلْحِ) عَن الْمُدَّعَى بِهِ **(وَهُوَ مُقِرٌّ لَك)** بِهِ فِي الظَّاهِرِ أَو فِيمَا بَيْنِي وَبَيْنَهُ وَلَمْ يُظْهِرْهُ خَوْفًا مِنْ أَخْذِ الْمَالِكِ لَهُ كَمَا صَرَّحَ بِالْقِسْمَيْنِ فِي الْمُحَرَّرِ **(صَحَّ)** الصُّلْحُ بَيْنَهُمَا ؛ لِأَنَّ دَعْوَى الْإِنْسَانِ الْوَكَالَةَ فِي الْمُعَامَلَاتِ مَقْبُولَةٌ، وَمَحَلُّهُ كَمَا قَالَ الإِمَامُ وَالْغَزَالِيُّ : إذَا لَمْ يَدَّعِ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ الْإِنْكَارَ بَعْدَ دَعْوَى الْوَكَالَةِ، فَإِنْ ادَّعَاهُ كَانَ عَزْلًا فَلَا يَصِحُّ الصُّلْحُ عَنْهُ، ثُمَّ إنْ كَانَ الْمُدَّعَى عَيْنًا وَصَالَحَ عَلَى بَعْضِ الْمُدَّعَى أَو عَلَى عَيْنٍ لِلْمُدَّعَى عَلَيْهِ أَو عَلَى دَيْنٍ فِي ذِمَّةِ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ صَحَّ وَصَارَ الْمُصَالَحُ عَنْهُ مِلْكًا لِلْمُوَكِّلِ لَهُ إنْ كَانَ الْأَجْنَبِيُّ صَادِقًا فِي الْوَكَالَةِ وَإِلَّا فَهُوَ شِرَاءُ فُضُولِيٍّ، وَقَدْ مَرَّ حُكْمُهُ فِي كِتَابِ الْبَيْعِ، وَيَرِدُ عَلَى إطْلَاقِ اعْتِبَارِ الْإِقْرَارِ مَا لَوْ قَالَ الْأَجْنَبِيُّ وَكَّلَنِي فِي الْمُصَالَحَةِ لِقَطْعِ الْخُصُومَةِ وَأَنَا أَعْلَمُ أَنَّهُ لَك، فَإِنَّهُ يَصِحُّ الصُّلْحُ فِي الْأَصَحِّ عِنْدَ الْمَاوَرْدِيِّ، وَجَزَمَ بِهِ فِي التَّنْبِيهِ وَأَقَرَّهُ فِي التَّصْحِيحِ وَجَرَيْت عَلَيْهِ فِي شَرْحِهِ.

قَالَ فِي الرَّوْضَةِ: وَلَوْ قَالَ هُوَ مُنْكِرٌ وَلَكِنَّهُ مُبْطِلٌ فَصَالِحْنِي لَهُ عَلَى عَبْدِي هَذَا لِتَنْقَطِعَ الْخُصُومَةُ بَيْنَكُمَا وَكَانَ الْمُدَّعَى دَيْنًا فَإِنَّ الْمَذْهَبَ صِحَّةُ الصُّلح، وَإِنْ كَانَ الْمُدَّعَى عَيْنًا لَمْ يَصِحَّ عَلَى الْأَصَحِّ، وَالْفَرْقُ أَنَّهُ لَا يُمْكِنُ تَمْلِيكُ الْغَيْرِ عَيْنَ مَالٍ بِغَيْرِ إذْنِهِ وَيُمْكِنُ قَضَاءُ دَيْنِهِ بِغَيْرِ إذْنِهِ. وَلَوْ صَالَحَ الْوَكِيلُ عَلَى عَيْنِ مَالِ نَفْسِهِ أَو عَلَى دَيْنٍ فِي ذِمَّتِهِ بِإِذْنِهِ صَحَّ الْعَقْدُ وَوَقَعَ لِلْإِذْنِ وَيَرْجِعُ الْمَأْذُونُ عَلَيْهِ بِالْمِثْلِ فِي الْمِثْلِيِّ وَالْقِيمَةِ فِي الْمُتَقَوِّمِ؛ لِأَنَّ الْمَدْفُوعَ قَرْضٌ لَا هِبَةٌ، وَخَرَجَ بِقَوْلِ الْمُصَنِّفِ وَكَّلَنِي إلَخْ مَا لَوْ تَرَكَهُ فَهُوَ شِرَاءُ فُضُولِيٍّ فَلَا يَصِحُّ كَمَا مَرَّ، وَبِقَوْلِهِ وَهُوَ مُقِرٌّ لَك مَا لَوْ اقْتَصَرَ عَلَى قَوْلِهِ: وَكَّلَنِي فِي مُصَالَحَتِك فَلَا يَصِحُّ بِنَاءً عَلَى الْأَصَحِّ فِي أَنَّ قَوْلَهُ: صَالِحْنِي عَمَّا تَدَّعِيهِ لَيْسَ إقْرَارًا.

وَلَوْ كَانَ الْمُدَّعَى دَيْنًا فَقَالَ الْأَجْنَبِيُّ: وَكَّلَنِي الْمُدَّعَى عَلَيْهِ بِمُصَالَحَتِك عَلَى نِصْفِهِ أَو ثَوْبِهِ فَصَالَحَهُ صَحَّ كَمَا لَوْ كَانَ الْمُدَّعَى عَيْنًا أَو عَلَى ثَوْبِي هَذَا لَمْ يَصِحَّ ؛ لِأَنَّهُ بَيْعُ شَيْءٍ بِدَيْنِ غَيْرِهِ، وَهَذَا هُوَ الْمُعْتَمَدُ كَمَا جَزَمَ بِهِ ابْنُ الْمُقْرِي تَبَعًا لِلْمُصَنِّفِ خِلَافًا لِلزَّرْكَشِيِّ وَمَنْ تَبِعَهُ فِي التَّسْوِيَةِ بَيْنَ الدَّيْنِ وَالْعَيْنِ. تَنْبِيهٌ: يَرِدُ عَلَى إطْلَاقِ الْمُصَنِّفِ اعْتِبَارَ التَّوْكِيلِ مَا لَوْ قَالَ الْأَجْنَبِيُّ: صَالِحْنِي عَن الْأَلْفِ الَّذِي لَك عَلَى فُلَانٍ عَلَى خَمْسِمِائَةٍ، فَإِنَّهُ يَصِحُّ سَوَاءٌ أَكَانَ بِإِذْنِهِ أَمْ لَا ، لِأَنَّ قَضَاءَ دَيْنِ غَيْرِهِ بِغَيْرِ إذْنِهِ جَائِزٌ، قَالَهُ فِي زِيَادَةِ الرَّوْضَةِ.

(وَلَوْ صَالَحَ) الْأَجْنَبِيَّ عَن الْعَيْنِ **(لِنَفْسِهِ)** بِعَيْنِ مَالِهِ أَو بِدَيْنٍ فِي ذِمَّتِهِ **(وَالْحَالَةُ هَذِهِ)** أَيْ أَنَّ الْأَجْنَبِيَّ قَائِلٌ، بِأَنَّهُ مُقِرٌّ لَك بِالْمُدَّعَى أَو نَحْوَ ذَلِكَ مِمَّا مَرَّ **(صَحَّ)** الصُّلْحُ لِلْأَجْنَبِيِّ وَإِنْ لَمْ تَجْرِ مَعَهُ خُصُومَةٌ؛ لِأَنَّ الصُّلْحَ تَرَتَّبَ عَلَى دَعْوَى وَجَوَابٍ خِلَافًا لِلْجُوَيْنِيِّ فِي قَوْلِهِ: يَأْتِي فِيهِ الْخِلَافُ فِيمَا إذَا قَالَ مِنْ غَيْرِ سَبْقِ خُصُومَةٍ صَالِحْنِي **(وَكَأَنَّهُ اشْتَرَاهُ)** بِلَفْظِ الشِّرَاءِ. أَمَّا إذَا صَالَحَ الْأَجْنَبِيَّ عَن الدَّيْنِ فَفِيهِ الْخِلَافُ فِي بَيْعِ الدَّيْنِ لِغَيْرِ مَنْ عَلَيْهِ، وَلَوْ قَالَ: صَالِحْنِي عَن الْأَلْفِ الَّذِي لَك عَلَى فُلَانٍ عَلَى خَمْسِمِائَةٍ صَحَّ، وَلَوْ بِلَا إذْنٍ لِجَوَازِ الِاسْتِقْلَالِ بِقَضَاءِ دَيْنِ الْغَيْرِ كَمَا مَرَّ.

تَنْبِيهٌ: أَشَارَ الْمُصَنِّفُ بِقَوْلِهِ: وَكَأَنَّهُ اشْتَرَاهُ إلَى اشْتِرَاطِ كَوْنِهِ بِيَدِ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ بِوَدِيعَةٍ أَو عَارِيَّةٍ أَو نَحْوِ ذَلِكَ مِمَّا يَجُوزُ بَيْعُهُ مَعَهُ. فَلَوْ كَانَ مَبِيعًا قَبْلَ الْقَبْضِ لَمْ يَصِحَّ، وَعِبَارَةُ الرَّوْضَةِ كَمَا لَوْ اشْتَرَاهُ. قَالَ ابْنُ الْمُلَقِّنِ: وَهِيَ أَوْلَى مِنْ عِبَارَةِ الْكِتَابِ؛ لِأَنَّهُ شِرَاءٌ حَقِيقَةً فَلَا مَعْنَى لِلتَّشْبِيهِ، انتهى.

وَإِنْ كَانَ مُنْكِرًا وَقَالَ: الْأَجْنَبِيُّ هُوَ مُبْطِلٌ فِي إِنْكَارِهِ فَهُوَ شِرَاءُ مَغْصُوبٍ فَيُفَرَّقُ بَيْنَ قُدْرَتِهِ عَلَى انْتِزَاعِهِ وَعَدَمِهَا، وَإِنْ لَمْ يَقُلْ: هُوَ مُبْطِلٌ لَغَا الصُّلْحُ فَصْلٌ الطَّرِيقُ النَّافِذُ لَا يُتَصَرَّفُ فِيهِ بِمَا يَضُرُّ الْمَارَّةَ وَلَا يُشْرَعُ فِيهِ جَنَاحٌ وَلَا سَابَاطٌ يَضُرُّهُمْ، بَلْ يُشْتَرَطُ ارْتِفَاعُهُ بِحَيْثُ يَمُرُّ تَحْتَهُ مُنْتَصِبًا، وَإِنْ كَانَ مَمَرَّ الْفُرْسَانِ وَالْقَوَافِلِ فَلْيَرْفَعْهُ بِحَيْثُ يَمُرُّ تَحْتَهُ الْمَحْمِلُ عَلَى الْبَعِيرِ مَعَ أَخْشَابِ الْمِظَلَّةِ وَيَحْرُمُ الصُّلْحُ عَلَى إِشْرَاعِ الْجَنَاحِ وَأَنْ يَبْنِيَ فِي الطَّرِيقِ دَكَّةً، أَو يَغْرِسَ شَجَرَةً، وَقِيلَ: إِنْ لَمْ يَضُرَّ جَازَ وَغَيْرُ النَّافِذِ يَحْرُمُ

= وَالظَّاهِرُ كَمَا قَالَ ابْنُ شُهْبَةَ أَنَّ التَّشْبِيهَ فِي كِلَا الْعِبَارَتَيْنِ، فَلَيْسَتْ إِحْدَاهُمَا أَوْلَى مِنَ الْأُخْرَى **(وَإِنْ كَانَ)** الْمُدَّعَى عَلَيْهِ **(مُنْكِرًا وَقَالَ الْأَجْنَبِيُّ هُوَ مُبْطِلٌ فِي إِنْكَارِهِ)**؛ لِأَنَّك صَادِقٌ عِنْدِي فَصَالِحْنِي لِنَفْسِي، فَإِنْ كَانَ الْمُدَّعَى بِهِ عَيْنًا **(فَهُوَ شِرَاءُ مَغْصُوبٍ فَيُفَرَّقُ بَيْنَ قُدْرَتِهِ عَلَى انْتِزَاعِهِ)** فَيَصِحُّ **(وَعَدَمِهَا)** فَلَا يَصِحُّ، وَيَكْفِي لِلصِّحَّةِ قَوْلُهُ: أَنَا قَادِرٌ عَلَى انْتِزَاعِهِ، وَإِنْ كَانَ الْمُدَّعَى بِهِ دَيْنًا فَفِيهِ الْخِلَافُ السَّابِقُ.

أَمَّا إِذَا صَالَحَهُ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ لِتَنْقَطِعَ الْخُصُومَةُ عَنْهُ كَأَنْ قَالَ: صَالِحْنِي لَهُ بِعَبْدِي هَذَا صَحَّ الصُّلْحُ عَنِ الدَّيْنِ لَا عَنِ الْعَيْنِ، لِأَنَّهُ لَا يُمْكِنُهُ أَنْ يُمَلِّكَ غَيْرَهُ عَيْنًا بِغَيْرِ إِذْنِهِ بِخِلَافِ قَضَاءِ دَيْنِهِ كَمَا مَرَّ، **(وَإِنْ لَمْ يَقُلْ هُوَ مُبْطِلٌ)** مَعَ قَوْلِهِ هُوَ مُنْكِرٌ وَصَالَحَ لِنَفْسِهِ أَو لِلْمُدَّعَى عَلَيْهِ **(لَغَا الصُّلْحُ)**؛ لِأَنَّهُ اشْتَرَى مِنْهُ مَا لَمْ يَثْبُتْ مِلْكُهُ لَهُ. تَنْبِيهٌ: شَمِلَ كَلَامُهُ امْتِنَاعَ ثَلَاثِ صُوَرٍ:

إِحْدَاهَا: أَنْ يَقُولَ هُوَ مُحِقٌّ.

الثَّانِيَةُ: لَا أَعْلَمُ.

الثَّالِثَةُ: لَمْ يَذْكُرْ شَيْئًا وَهَذِهِ الثَّالِثَةُ.

قَالَ الْإِسْنَوِيُّ: لَمْ يُصَرِّحْ بِهَا فِي الرَّوْضَةِ وَلَا فِي أَصْلِهَا. وَقَالَ السُّبْكِيُّ: إِنَّ الْأَمْرَ فِيهَا كَمَا يُفْهِمُهُ إِطْلَاقُ الْكِتَابِ. وَلَوْ وَقَفَ مَكَانًا وَأَقَرَّ بِهِ لِمُدَّعٍ غَرِمَ لَهُ قِيمَتَهُ لِإِحَالَتِهِ بَيْنَهُ وَبَيْنَهُ بِوَقْفِهِ، فَإِنْ أَنْكَرَ وَصَالَحَ عَنْهُ أَجْنَبِيٌّ جَازَ الصُّلْحُ؛ لِأَنَّهُ بَذْلُ مَالٍ فِي قُرْبَةٍ. وَلَوْ صَالَحَ مُتْلِفُ الْعَيْنِ مَالِكَهَا نُظِرَ، فَإِنْ كَانَ بِأَكْثَرَ مِنْ قِيمَتِهَا مِنْ جِنْسِهَا أَو بِمُؤَجَّلٍ لَمْ يَصِحَّ الصُّلْحُ؛ لِأَنَّ الْوَاجِبَ قِيمَةُ الْمُتْلَفِ حَالَّةً فَلَمْ يَصِحَّ الصُّلْحُ عَلَى أَكْثَرَ مِنْهَا وَلَا عَلَى مُؤَجَّلٍ لِمَا فِي ذَلِكَ مِنَ الرِّبَا؛ وَإِنْ كَانَ بِأَقَلَّ مِنْ قِيمَتِهَا أَو بِأَكْثَرَ بِغَيْرِ جِنْسِهَا جَازَ لِفَقْدِ الْمَانِعِ. وَلَوْ أَقَرَّ بِمَحْمَلٍ فَصَالَحَ عَنْهُ وَهُمَا يَعْرِفَانِهِ صَحَّ الصُّلْحُ وَإِنْ لَمْ يُسَمِّهِ أَحَدٌ مِنْهُمَا كَمَا لَوْ قَالَ: بِعْتُك الشَّيْءَ الَّذِي أَعْرِفُهُ أَنَا وَأَنْتَ. وَلَوْ وَكَّلَ الْمُنْكِرُ فِي الصُّلْحِ عَنْهُ أَجْنَبِيًّا جَازَ كَمَا قَالَهُ أَبُو الْعَبَّاسِ، وَجَرَى عَلَيْهِ ابْنُ الْمُقْرِي، لِأَنَّ الْإِنْكَارَ حَرَامٌ لِلْكَذِبِ وَالْإِضْرَارِ، فَإِنْ أَرَادَ إِزَالَةَ الضَّرَرِ جَازَ كَمَنْ أَذْنَبَ ذَنْبَيْنِ وَأَرَادَ التَّوْبَةَ مِنْ أَحَدِهِمَا، وَكَالْوَارِثِ يَجْهَلُ أَمْرَ التَّرِكَةِ فَلَهُ التَّوْكِيلُ فِي الصُّلْحِ لِإِزَالَةِ الشُّبْهَةِ عَنْهُ، وَقِيلَ: لَا يَجُوزُ وَجَرَى عَلَيْهِ أَبُو إِسْحَاقَ، لِأَنَّهُ مَعَ الْإِنْكَارِ أَلْجِئَ إِلَى بَيْعِهِ مِنْهُ، وَلَا يَحِلُّ لِأَحَدٍ أَنْ يُلْجِئَ غَيْرَهُ إِلَى بَيْعِ مَالِهِ، وَإِنْكَارُ حَقِّ الْغَيْرِ حَرَامٌ، فَلَوْ بَذَلَ لِلْمُنْكِرِ مَالًا لِيُقِرَّ بِالْمُدَّعَى فَفَعَلَ لَمْ يَصِحَّ الصُّلْحُ لِبِنَائِهِ عَلَى فَاسِدٍ وَلَا يَلْزَمُ الْمَالُ وَبَذْلُهُ لِذَلِكَ وَأَخْذُهُ حَرَامٌ، وَلَا يَكُونُ مُقِرًّا بِذَلِكَ فِي أَحَدِ وَجْهَيْنِ يَظْهَرُ تَرْجِيحُهُ كَمَا جَزَمَ بِهِ ابْنُ كَجٍّ وَغَيْرُهُ. (٨/ ٧٧) وما بعدها.

الْإِشْرَاعُ إِلَيْهِ لِغَيْرِ أَهْلِهِ وَكَذَا لِبَعْضِ أَهْلِهِ فِي الْأَصَحِّ إِلَّا بِرِضَا الْبَاقِينَ، وَأَهْلُهُ مَنْ نَفَذَ باب دَارِهِ إِلَيْهِ، لَا مَنْ لَاصَقَهُ جِدَارُهُ، وَهَلِ الِاسْتِحْقَاقُ فِي كُلِّهَا لِكُلِّهِمْ أَمْ تَخْتَصُّ شِرْكَةُ كُلِّ وَاحِدٍ بِمَا بَيْنَ رَأْسِ الدَّرْبِ وَبَابِ دَارِهِ؟ وَجْهَانِ أَصَحُّهُمَا الثَّانِي وَلَيْسَ لِغَيْرِهِمْ فَتْحُ باب إِلَيْهِ لِلِاسْتِطْرَاقِ، وَلَهُ فَتْحُهُ إِذَا سَمَّرَهُ فِي الْأَصَحِّ وَمَنْ لَهُ فِيهِ باب فَفَتَحَ آخَرَ أَبْعَدَ مِنْ رَأْسِ الدَّرْبِ فَلِشُرَكَائِهِ مَنْعُهُ، فَإِنْ كَانَ أَقْرَبَ إِلَى رَأْسِهِ وَلَمْ يَسُدَّ الْبَابَ الْقَدِيمَ فَكَذَلِكَ، وَإِنْ سَدَّهُ، فَلَا مَنْعَ وَمَنْ لَهُ دَارَانِ تَفْتَحَانِ إِلَى دَرْبَيْنِ مَسْدُودَيْنِ، أَو مَسْدُودٍ، وَشَارِعٍ فَفَتَحَ بَابًا بَيْنَهُمَا لَمْ يُمْنَعْ فِي الْأَصَحِّ، وَحَيْثُ مُنِعَ فَتْحُ الْبَابِ فَصَالَحَهُ أَهْلُ الدَّرْبِ بِمَالٍ صَحَّ وَيَجُوزُ فَتْحُ الْكَوَّاتِ، وَالْجِدَارُ بَيْنَ مَالِكَيْنِ قَدْ يَخْتَصُّ بِهِ أَحَدُهُمَا، وَقَدْ يَشْتَرِكَانِ فِيهِ؛ فَالْمُخْتَصُّ لَيْسَ لِلْآخَرِ وَضْعُ الْجُذُوعِ عَلَيْهِ بِغَيْرِ إِذْنٍ فِي الْجَدِيدِ، وَلَا يُجْبَرُ الْمَالِكُ، فَلَوْ رَضِيَ بِلَا عِوَضٍ فَهُوَ إِعَارَةٌ وَلَهُ الرُّجُوعُ قَبْلَ الْبِنَاءِ عَلَيْهِ، وَكَذَا بَعْدَهُ فِي الْأَصَحِّ، وَفَائِدَةُ الرُّجُوعِ تَخْيِيرُهُ بَيْنَ أَنْ يُبْقِيَهُ بِأُجْرَةٍ أَو يَقْلَعَ وَيَغْرَمَ أَرْشَ نَقْصِهِ، وَقِيلَ: فَائِدَتُهُ طَلَبُ الْأُجْرَةِ فَقَطْ، وَلَوْ: رَضِيَ بِوَضْعِ الْجُذُوعِ وَالْبِنَاءِ عَلَيْهَا بِعِوَضٍ، فَإِنْ أَجَّرَ رَأْسَ الْجِدَارِ لِلْبِنَاءِ فَهُوَ إِجَارَةٌ].

قال المصنف: [وَإِنْ قَالَ: بِعْته لِلْبِنَاءِ عَلَيْهِ أَو بِعْته حَقَّ الْبِنَاءِ عَلَيْهِ؛ فَالْأَصَحُّ أَنَّ هَذَا الْعَقْدَ فِيهِ شَوْبُ بَيْعٍ وَإِجَارَةٍ، فَإِذَا بَنَى فَلَيْسَ لِمَالِكِ الْجِدَارِ نَقْضُهُ بِحَالٍ. وَلَوْ انْهَدَمَ الْجِدَارُ فَأَعَادَهُ مَالِكُهُ؛ فَلِلْمُشْتَرِي إِعَادَةُ الْبِنَاءِ وَسَوَاءٌ كَانَ الْإِذْنُ بِعِوَضٍ أَو بِغَيْرِهِ يُشْتَرَطُ بَيَانُ قَدْرِ الْمَوْضِعِ الْمَبْنِيِّ عَلَيْهِ طُولًا وَعَرْضًا، وَسَمْكِ الْجُدْرَانِ وَكَيْفِيَّتِهَا وَكَيْفِيَّةِ السَّقْفِ الْمَحْمُولِ عَلَيْهَا. وَلَوْ أَذِنَ فِي الْبِنَاءِ عَلَى أَرْضِهِ كَفَى بَيَانُ قَدْرِ مَحَلِّ الْبِنَاءِ، وَأَمَّا الْجِدَارُ الْمُشْتَرَكُ فَلَيْسَ لِأَحَدِهِمَا وَضْعُ جُذُوعِهِ عَلَيْهِ بِغَيْرِ إِذْنٍ فِي الْجَدِيدِ، وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَتِدَ فِيهِ وَتَدًا أَو يَفْتَحَ كُوَّةً إِلَّا بِإِذْنِهِ، وَلَهُ أَنْ يَسْتَنِدَ إِلَيْهِ وَيُسْنِدَ مَتَاعًا لَا يَضُرُّ، وَلَهُ ذَلِكَ فِي جِدَارِ الْأَجْنَبِيِّ لَيْسَ لَهُ إِجْبَارُ رَيكِهِ عَلَى الْعِمَارَةِ فِي الْجَدِيدِ فَإِنْ أَرَادَ إِعَادَةَ مُنْهَدِمٍ بِآلَةٍ لِنَفْسِهِ لَمْ يُمْنَعْ، وَيَكُونُ الْمُعَادُ مِلْكَهُ يَضَعُ عَلَيْهِ مَا شَاءَ وَيَنْقُضُهُ إِذَا شَاءَ، وَلَوْ قَالَ الْآخَرُ لَا تَنْقُضْهُ وَأَغْرَمُ لَك حِصَّتِي لَمْ يَلْزَمْهُ إِجَابَتُهُ، وَإِنْ أَرَادَ إِعَادَتَهُ بِنَقْضِهِ الْمُشْتَرَكِ فَلِلْآخَرِ مَنْعُهُ، وَلَوْ تَعَاوَنَا عَلَى إِعَادَتِهِ بِنَقْضِهِ عَادَ مُشْتَرَكًا كَمَا كَانَ، وَلَوْ انْفَرَدَ أَحَدُهُمَا وَشَرَطَ لَهُ الْآخَرُ زِيَادَةً جَازَ وَكَانَتْ فِي مُقَابَلَةِ عَمَلِهِ فِي نَصِيبِ الْآخَرِ وَيَجُوزُ أَنْ يُصَالِحَ عَلَى إِجْرَاءِ الْمَاءِ وَإِلْقَاءِ الثَّلْجِ فِي مِلْكِهِ عَلَى مَالٍ.

وَلَوْ تَنَازَعَا جِدَارًا بَيْنَ مِلْكَيْهِمَا، فَإِنْ اتَّصَلَ بِبِنَاءِ أَحَدِهِمَا بِحَيْثُ يَعْلَمُ أَنَّهُمَا بَنَيَا مَعًا فَلَهُ الْيَدُ وَإِلَّا فَلَهُمَا، فَإِنْ أَقَامَ أَحَدُهُمَا بَيِّنَةً قُضِيَ لَهُ، وَإِلَّا حَلَفَا، فَإِنْ حَلَفَا أَو نَكَلَا جُعِلَ بَيْنَهُمَا، وَإِنْ حَلَفَ أَحَدُهُمَا قُضِيَ لَهُ وَلَوْ كَانَ لِأَحَدِهِمَا عَلَيْهِ جُذُوعٌ لَمْ يُرَجَّحْ، وَالسَّقْفُ بَيْنَ عُلْوِهِ وَسُفْلِ غَيْرِهِ كَجِدَارٍ بَيْنَ مِلْكَيْنِ، فَيُنْظَرُ: أَيُمْكِنُ إِحْدَاثُهُ بَعْدَ الْعُلْوِ فَيَكُونُ فِي يَدِهِمَا، أَو لَا فَلِصَاحِبِ السُّفْلِ].

باب الْحَوَالَةِ(١)

قال الشارح: [نقل في «الشامل»] عن القاضي أبي الطيب: أنه ليس للخلاف السابق فائدة، إلا ثبوت خيار المجلس على قولنا: إنها بيع، وأورد قول الْمَاوَرْدِي في كتاب «الرهن»: أنه لو أحاله على أن يعطيه المحال عليه بالدين رهنًا، إن قلنا: إنها بيع جاز، وإلا بطل الشرط، وفي بطلان الحوالة وجهان، بناء على أنها بيع عين بدين؛ فيصح، أو بيع دين بدين فلا(٢).

---

(١) قال الخطيب: بَابُ الْحَوَالَةِ هِيَ بِفَتْحِ الْحَاءِ أَفْصَحُ مِنْ كَسْرِهَا، وَمَعْنَاهَا فِي اللُّغَةِ: الِانْتِقَالُ، مِنْ قَوْلِهِمْ: حَالَ عَنِ الْعَهْدِ: إِذَا انْتَقَلَ عَنْهُ وَتَغَيَّرَ.
وَفِي الشَّرْعِ: عَقْدٌ يَقْتَضِي نَقْلَ دَيْنٍ مِنْ ذِمَّةٍ إِلَى ذِمَّةٍ، وَيُطْلَقُ عَلَى انْتِقَالِهِ مِنْ ذِمَّةٍ إِلَى أُخْرَى، وَالْأَوَّلُ هُوَ غَالِبُ اسْتِعْمَالِ الْفُقَهَاءِ وَالْأَصْلُ فِيهَا قَبْلَ الْإِجْمَاعِ خَبَرُ الصَّحِيحَيْنِ: «مَطْلُ الْغَنِيِّ ظُلْمٌ فَإِذَا أُتْبِعَ أَحَدُكُمْ عَلَى مَلِيءٍ فَلْيَتْبَعْ» بِإِسْكَانِ التَّاءِ فِي الْمَوْضِعَيْنِ: أَيْ فَلْيَحْتَلْ كَمَا رَوَاهُ هَكَذَا الْبَيْهَقِيُّ.
وَيُسَنُّ قَبُولُهَا عَلَى مَلِيءٍ لِهَذَا الْحَدِيثِ، وَصَرَفَهُ عَنِ الْوُجُوبِ الْقِيَاسُ عَلَى سَائِرِ الْمُعَاوَضَاتِ، وَخَبَرُ: «لَا يَحِلُّ مَالُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ إِلَّا بِطِيبِ نَفْسٍ مِنْهُ» وَيُعْتَبَرُ فِي الِاسْتِحْبَابِ كَمَا بَحَثَهُ الْأَذْرَعِيُّ أَنْ يَكُونَ الْمَلِيءُ وَافِيًا وَلَا شُبْهَةَ فِي مَالِهِ، وَالْمَلِيءُ بِالْهَمْزَةِ: الْغَنِيُّ، وَالْمَطْلُ إِطَالَةُ الْمُدَافَعَةِ، وَالْأَصَحُّ أَنَّهَا بَيْعُ دَيْنٍ بِدَيْنٍ جُوِّزَ لِلْحَاجَةِ، وَلِهَذَا لَمْ يُعْتَبَرْ التَّقَابُضُ فِي الْمَجْلِسِ، وَإِنْ كَانَ الدَّيْنَانِ رِبَوِيَّيْنِ، فَهُوَ بَيْعٌ لِأَنَّهَا إِبْدَالُ مَالٍ بِمَالٍ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مَلَكَ بِهَا مَا لَمْ يَمْلِكْ، فَكَأَنَّ الْمُحِيلَ بَاعَ الْمُحْتَالَ مَا لَهُ فِي ذِمَّةِ الْمُحَالِ عَلَيْهِ بِمَا لِلْمُحْتَالِ فِي ذِمَّتِهِ، وَقِيلَ اسْتِيفَاءٌ وَهُوَ الْمَنْصُوصُ فِي الْأُمِّ، فَكَأَنَّ الْمُحْتَالَ اسْتَوْفَى مَا عَلَى الْمُحِيلِ، وَأَقْرَضَهُ الْمُحَالَ عَلَيْهِ.
قَالَ ابْنُ الْحَدَّادِ: وَالتَّفْرِيعُ عَلَى قَوْلِ الْبَيْعِ لَمْ أَرَهُ مُسْتَمِرًّا.
وَأَرْكَانُهَا سِتَّةٌ: مُحِيلٌ، وَمُحْتَالٌ، وَمُحَالٌ عَلَيْهِ، وَدَيْنٌ لِلْمُحْتَالِ عَلَى الْمُحِيلِ، وَدَيْنٌ لِلْمُحِيلِ عَلَى الْمُحَالِ عَلَيْهِ، وَصِيغَةٌ، وَكُلُّهَا تُؤْخَذُ مِنْ كَلَامِهِ الْآتِي، وَإِنْ سُمِّيَ بَعْضُهَا شَرْطًا كَمَا قَالَ.
انظر: مغني المحتاج (٨/ ١٦٠).

(٢) قال في «نهاية المحتاج» (١٥/ ٥٢): قَالَ الْأَذْرَعِيُّ: وَقَدْ اخْتَلَفَ أَصْحَابُنَا فِي حَقِيقَةِ الْحَوَالَةِ =

قال المصنف: [يُشْتَرَطُ لَهَا رِضَا الْمُحِيلِ وَالْمُحْتَالِ، لَا الْمُحَالِ عَلَيْهِ فِي الْأَصَحِّ.

ومن الفوائد: اشتراط الضمين أيضًا.

ومنها: هل تصح الحوالة على مَن عليه زكاة بها؟

قال الْمُتَوَلِّي: إن قلنا: أنها استيفاء وإقراض جاز، أو معاوضة لم تجز.

ومنها: يظهر أنَّا إن قلنا: إنها بمعاوضة انعقدت بلفظ البيع، أو استيفاء فلا.

ثم رأيت في كلامهم، ما لا ينحصر من الترجيح على أنها استيفاء أو معاوضة، وكل ذلك من ثمرات الخلاف.

قال: **(يُشْتَرَطُ لَهَا رِضَا الْمُحِيلِ)**؛ لأن الحق في ذمته مرسلًا، فلا يلزمه قضاؤها من موضع معين، كما لو طالبه بالوفاء من كسب معين.

قال: **(وَالْمُحْتَالِ)**؛ لأن حقه في ذمة المحيل، فلا ينقل إلى غيره إلا برضاه، كما لو أراد أن يعوضه ثوبًا أو غيره، ولأن الذمم تتفاوت.

قال: **(لَا الْمُحَالِ عَلَيْهِ فِي الْأَصَحِّ)**؛ لظاهر الحديث، فالأول: لم يعتبر وليًّا ولاية تصرف في مملوك له فلا، فلا يعتبر رضا المملوك عليه كالتصرف في رق العبد بالبيع وغيره.

والثاني: يعتبر أنه أحد أركان الحوالة كالآخرين، ولاختلاف الناس في الإيفاء والاستيفاء، فإن الوجه أن يقول: على المشهور، فإن الأول ظاهر المذهب، والمنصوص في «الأم» و«المختصر»، والثاني حكاه القاضي أبو الطيب وابن الصباغ والمتولي وغيرهم عن نصه في «الإملاء» وإليه ذهب الـمُزَنِيّ والدميري والإصطخري وخالفهم عامة الأصحاب وقول الرَّافِعِي، وعن ابن القاص أنه منصوص عليه في «الأم» سبق قلم، وإنما نقلوه عن «الإملاء».

= هَلْ هِيَ اسْتِيفَاءُ حَقٍّ أَو إِسْقَاطُهُ بِعِوَضٍ أَو بَيْعُ عَيْنٍ بِعَيْنٍ تَقْدِيرًا أَو بَيْعُ عَيْنٍ بِدَيْنٍ أَو بَيْعُ دَيْنٍ بِدَيْنٍ رُخْصَةً؟ وُجُوهٌ أَصَحُّهَا آخِرُهَا وَهُوَ الْمَنْصُوصُ، وَاخْتَارَ الْقَاضِي الْحُسَيْنُ وَالْإِمَامُ وَوَالِدُهُ وَالْغَزَالِيُّ الْقَطْعَ بِاشْتِمَالِهَا عَلَى الْمَعْنَيَيْنِ الِاسْتِيفَاءِ، وَالْمُعَاوَضَةِ وَإِنَّمَا الْخِلَافُ فِي أَيُّهُمَا الْغَالِبُ، انتهى.

وَلَا تَصِحُّ عَلَى مَنْ لَا دَيْنَ عَلَيْهِ، وَقِيلَ: تَصِحُّ بِرِضَاهُ ....

والحوالة تثبت بثلاثة: الْمُحِيلِ، وَالْمُحْتَالِ، وَالْمُحَالِ عَلَيْهِ، ذكره في كتاب «الإملاء»، قال أبو علي في «شرحه»: قوله: والحوالة لا تثبت إلا بثلاثة إلى آخره، لا بد من ثلاثة نفر في الحوالة، فذكرهم، ثم قال: هل يحتاج إلى رضا الجميع؟

أما الْمُحِيلُ وَالْمُحْتَالُ عَلَيْهِ فيشترط رضاهما، وأما الْمُحَالُ عَلَيْهِ فاختلف أصحابنا فيه، ثم حكي عن الإصطخري اشتراط رضاه، وعن الأصحاب عدمه.

والذي فهمته من كلامه أن المراد بما حكي عن «الإملاء» عن أركانها كما صرح به الأئمة ولا نزاع فيه. وأما اشتراط الرضا فأمر آخر، وبهذا عبارة الفوراني: هل يشترط رضا المحال عليه في لزوم الحوالة؟

وفيها إشارة إلى أن رضاه في أحدهما شروط في لزوم الحوالة لا في صحتها، فإذا وجد الإيجاب والقبول منهما والمحال عليه غائب لا نقول ببطلان الإيجاب والقبول ولا يوقعهما، بل العقد صحيح غير لازم، وكذا لو كان حاضرًا، وتأخر قبوله.

فرع: لأحد طفلين على أخيه مال، فأحال الآن بماله على أخيه على نفسه أو على ابن له آخر صغير جاز، ذكره المرعشي، أي: إذا كان النظر له في ذلك، فلو كان المحال عليه معمرًا وكان بالدين رهن أو ضامن لم يجز.

قال: (**وَلَا تَصِحُّ عَلَى مَنْ لَا دَيْنَ عَلَيْهِ**)؛ لأنها إذا لم تصح بغير الجنس الذي عليه، فإذا لم يكن عليه شيء أولى.

(**وَقِيلَ تَصِحُّ بِرِضَاهُ**) كما تصح إن تصالح عنه، وبنى الجمهور الوجهين على ما سبق، إن قلنا: بيع لم تصح، أو استيفاء صحت، وقيل: غير هذا مما لا بطل به نعم، قال الرَّافِعِي: قال الجمهور: إن قلنا: لا تصح فلا شيء على المحال عليه، فإن تطوع فأدى فقاضٍ دين غيره، انتهى.

ورأيت الدارمي قال في آخر الباب: إذا حاله بما ليس له فقد مضى وجهان، فإن قلنا: لا تصح، فهو ضمان، انتهى، ولعل لفظة (لا) زائدة.

وَتَصِحُّ بِالدَّيْنِ اللَّازِمِ، عَلَيْهِ، ....

فرع: صيغتها أن يقول المحيل: أحلتك على فلان، فيقول: قبلت ونحوها، ولو قال: أحلني على فلان، فقال المدين: أحلتك فعلى الخلاف في انعقاد البيع بالاستحباب الإيجاب، وقيل: تنعقد قطعًا؛ لأنها أخرت رفقًا بالناس، ويتسامح فيها بخلاف غيرها.

قال: أمن إلى الذمم وتنعقد بقوله: نقلت ما لك في ديني إلى ذمة فلان، أو جعلت ما أستحقه على فلان بما لك عليَّ أو ملكتك ما في ذمة فلان بما لك في ذمتي.

قال: وفي انعقادها بلفظ البيع خلاف مشهور، ولو قال: ابتعتك على فلان بما لك عليَّ في مقابل ما لي عليه، قال ابن الرِّفْعَة: ظاهر الخبر يقتضي الصحة.

وفي «الجيلي» عن أبي الفياض البصري أن الشَّافِعِي قال: لا بد مع الإيجاب أن يقول: المحتال قبلت الحوالة وأنزلتك من حقي ولا خفاء أنه يعتبر في المحيل والمحتال ما يعتبر في سائر المعاملات.

قال: **(وَتَصِحُّ بِالدَّيْنِ اللَّازِمِ عَلَيْهِ)** أي: سواء اتفق الدينان في سبب الوجوب أو اختلفا كالثمن والأجرة، أو بدل متلف أو قرض لما سبق من أدلة الاعتياض، نعم كان ينبغي أن يريد المستقر ليخرج دين السلم، فإن الصحيح منع الحوالة به وعليه، وقد أورده في «الروضة»، قاله: الرَّافِعِي.

والرافعي ذكره عند الكلام فيما إذا أحال المشتري بالثمن ثم رد المبيع بعيب فلعله تركه هنا لذكره ثَمَّ، ولبيّنة على تجويزها بالثمن قبل قبض المبيع؛ ولكن ذلك محافظة على العكس محل بالطرد.

تنبيه: اللزوم عبارة عن عدم الخيار، والاستقرار عند عدم تطرق الانفساخ سلعة أو متعددة، وهذا معنى قول الشيخ أبي حامد: المستقر ما لا يتطرق الانفساخ إليه. فإن قلت: اتفقوا على وصف المبيع قبل قبضه، ودين السلم بعدم الاستقرار ما لم يقبضا، وقالوا في الزكاة: إن الأجرة غير مستقرة قبل استيفاء المنفعة مع أنه تصح الحوالة بها، وبثمن المبيع قبل قبضه.

وَالْمِثْلِيِّ وَكَذَا الْمُتَقَوِّمُ فِي الْأَصَحِّ، وَبِالثَّمَنِ فِي مُدَّةِ الْخِيَارِ، ....

قلت: المراد هنا الاستقرار المقتضي للتصرف، وفي الزكاة الاستقرار الكامل، وحيث أطلق الاستقرار من غير تقييد؛ فالمراد به الاستقرار المقتضي للتصرف؛ وبذلك تعلم أن ثمن المبيع قبل القبض مستقر، وقال ابن الرِّفْعَة: المراد المستقر هنا ما يجوز بيعه ونحوه، قال ابن أبي عصرون في «تنبيهه»: تصح الحوالة لكل دين يجوز بيعه، وعبارة الدارمي: كل ما جاز بيعه على من هو عليه جاز الحوالة به.

فرع: لا تجوز الحوالة بالزكاة؛ لأنها عبادة فاعتبر أداؤها على الوجه المأمور به، أما الحوالة عليه، فإن قلنا: الحوالة استيفاء ثم إقراض جاز، أو معاوضة لم يجز، قاله: الْمُتَوَلِّي، ولينظر في المنذور بالصدق به في الذمة، هل يلحق ذلك بالوكالة أم لا؟

فرع: عليه ألف لا رهن به، فأحال به بشرط إن يعطي المحال عليه به رهنًا، قال الْمَاوَرْدِي: إن قلنا: بيع صح، أو إرفاق بطل الشرط، وفي بطلان الحوالة وجهان استشكل ابن الرِّفْعَة الصحة على قول البيع إذا لم يشترط قبول المحال عليه، وأجيب بأنه كالضامن إذا امتنع ثبت الخيار، فإذا شاكل.

قال شارح: وقال في «البحر»: هل يصح اشتراط الرهن فيها، والضمين إن قلنا: بيع عين بدين يجوز، وإن قلنا: بيع دين بدين لا يجوز.

قال: **(وَالْمِثْلِيِّ)** أي: كالأثمان والحبوب وقيل: لا يصح إلا بالأثمان، والمذهب الأول. قال: **(وَكَذَا الْمُتَقَوِّمُ)** أي: كالنبات والحيوان.

(فِي الْأَصَحِّ) لثبوته في الذمة ولزومه، والثاني: لا إذ المقصود من الحوالة اتصال الحق من غير تفاوت، ولا يتحقق في المتقوم، وقال في «البحر»: إنه المشهور، وكلام «الشامل»: إنه المذهب، قال في «الكافي»: وهو الأصح في طريق العراق، وبه جزم صاحبا «المقنع» و«التحرير» إلا في إبل الدية على أحد القولين.

قال: **(وَبِالثَّمَنِ فِي مُدَّةِ الْخِيَارِ)** أي: بأن يحيل المشتري البائع.

وَعَلَيْهِ فِي الْأَصَحِّ. وَالْأَصَحُّ صِحَّةُ حَوَالَةِ الْمُكَاتَبِ سَيِّدَهُ بِالنُّجُومِ دُونَ حَوَالَةِ السَّيِّدِ عَلَيْهِ.

(وَعَلَيْهِ) أي: بأن يحيل البائع إنسانًا على المشتري.

(فِي الْأَصَحِّ)؛ لأنه صائر إلى اللزوم.

والثاني: لا يصح لا به ولا عليه؛ لعدم اللزوم، وبناهما الْمَاوَرْدِي والمتولي على أنهما استيفاء فيصح، أو معاوضة فلا، أو قضية البناء ترجيح المنع، وهو ظاهر كلام القاضي أبي الطيب في «التعليق»، فإنه قال: قال القاضي أبو حامد في «جامعه»: لا يجوز أنه ليس ثابت مستقر، قال: فإن قطع الخيار لم يثبت حتى يستأنفها بعد قطعه، وفيه وجه أنه يجوز؛ لأن الثمن يؤول إلى اللزوم والاستقرار، انتهى.

إشارات: منها: الجواز مفرع على القول بانتقال الملك في زمن الخيار.

ومنها: يستثنى من إطلاقه الربويات، وأرش مال السلم لأنها لا تصح منه، ولا عليه على الصحيح في الجميع.

ومنها: احترز بقوله: في مدة الخيار عما لو وقعت بعد انقضائه، ولو قبض المبيع، فإن المذهب الصحة كما سبق.

ومنها: إذا جوزنا، فالذي أورده الإمام والغزالي بقاء الخيار، فإن اتفق فسخ بطلت الحوالة؛ لأنَّا إنما صححناها لاقتضاء البيع إلى اللزوم، فإذا لم يقض لم يصح، ومنقول الشيخ أبي علي واختياره بطلان الخيار؛ لأن مقتضى الحوالة اللزوم، فإن مقتضاها، وكانت الحوالة على النجوم، قال: ابن الرِّفْعَة بما ذكره الإمام، صرح الشيخ أبو حامد وغيره، وقال الإمام: ولم يصرح أحد من الأصحاب إلى أن الحوالة في الثمن تقطع الخيار في البيع، انتهى.

قال: **(وَالْأَصَحُّ صِحَّةُ حَوَالَةِ الْمُكَاتَبِ سَيِّدَهُ بِالنُّجُومِ دُونَ حَوَالَةِ السَّيِّدِ عَلَيْهِ)** أي: بالنجوم لاستقرار ما أحال به المكاتب بخلاف العكس، إذ الكتابة لازمة من جهة السيد دون المكاتب.

والثاني: المنع فيهما.

والثالث: عكسه؛ لأنه دين ثابت فأشبه سائر الديون.

وَيُشْتَرَطُ الْعِلْمُ بِمَا يُحَالُ بِهِ وَعَلَيْهِ قَدْرًا وَصِفَةً، وَفِي قَوْلٍ: تَصِحُّ بِإِبِلِ الدِّيَةِ وَعَلَيْهَا، وَيُشْتَرَطُ تَسَاوِيهِمَا جِنْسًا وَقَدْرًا، ....

تنبيهات: منها: قصة كلام الشيخين أنه لا فرق في صحة حوالة المكاتب سيده بين النجم الأول وغيره، ومقتضى كلام جماعة منهم الإمام أنها لا تجوز بالنجم الأول وفصَّل صاحب «المجموع» والجرجاني وغيرهما، فقالوا: إن كان بعد حلول النجم صحت الحوالة وإلا فلا، وإطلاق الشيخين وغيرهما يفهم عدم الفرق.

ومنها: قولي إثر كلام المصنف أي: بالنجوم احترزت به عما لو أحال السيد عليه بدين معاملة، فإنه صحح في «زيادة الروضة» الصحة، وهو المذهب في «البحر» وبه جزم «الشامل».

ومنها: لو كان للمكاتب ديون وعليه ديون للأجانب جازت الحوالة به عليه.

ومنها: لا تصح الحوالة بالجعل قبل العمل، قال الْمُتَوَلِّي: ويجوز بعده، وجهله ابن الرِّفْعَة على ما بعد تمامه، أما في أثنائه فلا، كما قاله: الْمَاوَرْدِي.

قلت: وهو الصواب المذكور في «التتمة»، ولفظه: لا تجوز الحوالة قبل العمل ولا عليه؛ لأنه ليس بواجب ولا يفضي إلى الوجوب بنفسه، وبعد الفراغ من العمل جائز.

قال: (**وَيُشْتَرَطُ الْعِلْمُ بِمَا يُحَالُ بِهِ وَعَلَيْهِ**) إذ لا يصح بيع المجهول ولا استيفاؤه.

(**قَدْرًا وَصِفَةً**) أي: بصفات السلم سواء كان مثلي أو متقومًا، وصححنا الحوالة به، فلو قال: أحلتك بما لك على زيد وهما يجهلان قدره أو صفته لم تصح، وسكت عن ذكر الجنس اعتبارًا بالصفة.

قال: وفي قول تصح بإبل الدية وعليها، أي: وفرَّعنا على جواز الحوالة بالمتقومات، قال الرَّافِعِي: فوجهان أو قولان بناء على جواز المصالحة والاعتياض عنها، والأصح المنع للجهل بصفاتها.

قال: (**وَيُشْتَرَطُ تَسَاوِيهِمَا جِنْسًا وَقَدْرًا**)؛ لأنها إرفاق كالقرض، فلو أُجيزت

وَكَذَا حُلُولًا وَأَجَلًا، وَصِحَّةً وَكَسْرًا فِي الْأَصَحِّ.

مع الاختلاف لصار المطلوب منها الفضل، فيخرج عن موضوعها، فلا يجوز بالدراهم على الدنانير وبالعكس، ولا بخمسة على عشرة وبالعكس، هذا هو المذهب. وقيل: يجوز أن يحيل بالقليل على الكثير، وكأن المحيل تبرع بالزيادة.

وأغرب الديبلي في «أدب القضاء»، فجزم بجواز الحوالة بالدراهم على الدنانير، وبالحنطة على الشعير، ولا يفترقان إلا عن قبض، واعتل بأنه لو كان له عليه دراهم من قرض أو ثمن فقبض عنها دنانير جاز، أي: وإذا جاز أن يستبدل بنفسه جاز أن يستبدل بغيره كبيع الدين لغير من عليه.

قال: (**وَكَذَا حُلُولًا وَأَجَلًا، وَصِحَّةً وَكَسْرًا فِي الْأَصَحِّ**) كالتساوي في القدر، والثاني: يجوز أن يحيل بالمؤجل على الحال؛ لأن للمحيل أن يعجل ما عليه، ولا يجوز الحوالة بالحال على المؤجل؛ لأن تأجيل الحال لا يلزم، ولو اختلف أحدهما لم تجز الحوالة بأحدهما على الآخر، على الأول: الأصح، وعلى الثاني: يجوز بالأطول على الأقصر لا بالعكس، وعلى الثاني: يحال بالمكسر على الصحيح، ويكون المحيل متبرعًا نصفه الصحة، ولا يحال بالصحيح على المكسر، وإلا فالمختار تارك صفة الصحة رشوة لتخليه المحيل، وعلى هذا قياس حوالة الأجود على الأردأ وبالعكس، في كل جنس هذا ما ذكره الرَّافِعِي في «الشرحين»، قال في «الصغير»: وكلام الْغَزَالِي يشير إلى الجزم بجواز حوالة الرديء على الجيّد، وهذا طريق حكاه الإمام عن شيخه، والظاهر في جميع الصور المنع، انتهى.

إشارة: عبارة الرَّافِعِي: وفي وجه يجوز أن يحيل بالمكسر على الصحيح، ولا يجوز بالعكس، وعكسه المصنف في «الروضة» بخطه قيل: ومقتضى كلامهم أن ما ذكره لا يجوز بلا خلاف، وكأنه أراد أن يكتب بأن يحال بالصحيح على المكسر.

قلت: يحل، انتهى.

وقيل: إن في «النهاية» وجه كما في «الروضة»، وجعل وجهًا ثالثًا، وقيل: وقصة كلام «النهاية» و«البسيط» نقله في الحوالة بالمكسر على الصحيح،

وَيَبْرَأُ بِالْحَوَالَةِ الْمُحِيلُ عَنْ دَيْنِ الْمُحْتَالِ، وَالْمُحَالُ عَلَيْهِ عَنْ دَيْنِ الْمُحِيلِ، وَيَتَحَوَّلُ حَقُّ الْمُحْتَالِ إِلَى ذِمَّةِ الْمُحَالِ عَلَيْهِ، ....

وبالعكس، وفي اقتضاء كلامهما لذلك نظر.

فرع: سبق أكثره لا بد من إيجاب وقبول، قال الْمُتَوَلِّي: ولا بد من لفظ الحوالة أو ما يؤدي معناها كقلت: حقك إلى فلان، أو: جعلت ما أستحقه على فلان لك، أو: ملكتك الذي لي عليه لحقك، انتهى.

و الظاهر أن هذه الصيغ كنايات، وفي «الكافي» لو قال: أحلتك على فلان بكذا ولم يقل بالدين الذي لك عليَّ، فقيل: هو صريح في الحوالة، وقيل: كناية تفتقر إلى النية، انتهى.

وبنى الْمُتَوَلِّي جوازها بلفظ «البيع» على أن لفظ «العقد» إذا استعمل في غيره يراعي اللفظ أو المعنى إن راعينا المعنى انعقد كالبيع بلفظ السَلَم وإلا فلا، وجزم الْبَنْدَنِيجِي بمنعها بلفظ البيع، وهو المنصوص في «الأم» في كتاب الكتابة، وسبق ما قيل: في انعقادها بلفظ الاتباع، وهو ظاهر بشرط أن يعرفا معنى ذلك.

قال: (**وَيَبْرَأُ بِالْحَوَالَةِ الْمُحِيلُ عَنْ دَيْنِ الْمُحْتَالِ وَيَتَحَوَّلُ حَقُّ الْمُحْتَالِ إِلَى ذِمَّةِ الْمُحَالِ عَلَيْهِ**) أي: بالإجماع، كما قاله الْمَاوَرْدِي، وفي «تعليق القاضي أبي الطيب» وغيره عن زُفر أنه، قال: لا يبرأ الضامن، ورد عليه بأن الحوالة مشتقة من التحويل، والضمان فيه معنى الضم فافترقا.

تنبيهات وفروع: **منها**: لو شرط المحيل ألا يبرأ أو أن يكون ضامنًا حتى يقبض فهل تكون حوالة؟ فيه وجهان: الأضمن الأول لكن في «البحر» لو قال: أحلتك على زيد على أني ضامن للمال حتى تقبضه، فعلى قياس قول: الـمُزَنِيّ يعني، والجمهور يكون ضمانًا بلفظ الحوالة، فيصح إذا قيل: المحال عليه، وعلى قياس قول ابن سُرَيْج: أحدهما بطلانها لاستفادة زيادة؛ لأنه كان يطالب واحد فصار يطالب به اثنين، فصار كالحوالة بالمكسر على الصحيح؛ ولأن المقبوض منه مجهول، وصححه القاضي أبو الطيب العلتين.

....

والثاني: صحتها، ويطالب أيهما شاء، وهو الأصح عند الشيخ أبي حامد والجرجاني والأشبه عند المحاملي والروياني، وهو المختار إذ الزيادة المانعة هي في القدر أو الصفة وليس هنا كذلك، فهو كحوالة المعسر على الملي، وهو صحيح إجماعًا.

واعلم أن أكثرهم صور المسألة كما ذكرنا وأبو الطيب، بما إذا حال عليهما ولم يذكر الشرط المذكور، فعلمنا بتصويره أنه لا فرق بين أن يشرط في الحوالة مطالبة أيهما شاء أو يطلق.

قيل: وهو كذلك، وإنما ذكر غيره الشرط احترازًا مما إذا شرط أن يأخذ من كل واحد منهما خمسمائة، فإنه يجوز وَيَبْرَأُ كُلٌّ وَاحِدٍ عَمَّا ضَمِنَ، ولو أحال على أحدهما بألف بريء الآخر، ولو أحاله أحدهما بألف برئا جميعًا، ولو كانت الألف على أحدهما، والآخر ضامن فعلى الوجهين صرح به في «التهذيب».

قال: وكذا لو كان لرجل عليه ألف فأحاله على رجلين له على كل واحد ألف حتى يطالب أيهما شاء، انتهى. وفي هذه الصور نظر.

ومنها: لو أحال للأصل فقط بريء الضامن، صرح به الرَّافِعِي في كتاب «الضمان» وأفتى قاضي حماة تفقها بأن الدين ينتقل إلى المحتال بصفة الضمان ولم يستحضر نقلًا.

قال شارح: ولم يصب، والصواب البراءة.

فإن قلت: فأي فرق بين هذه ومسألة ابن سُرَيْج.

قلت: هناك قدرنا القبض مقدر من أحدهما منهما، والانتقال إلى المحتال كذلك، ولم يرضى إلا بانتقال حقه كذلك، وهنا القبض يقدر من الأصل بعينه، وقد رضي به المحتال وحده، فسقطت المطالبة عن الضامن، انتهى.

وليس الفرق بالبين، وقد سلم هناك أنه لا فرق بين أن يشرط ذلك أو لا، لإطلاق القاضي أبي الطيب.

ومنها: أحال المرتهن بالدين على الراهن، قال الْمُتَوَلِّي وغيره: انفك

فَإِنْ تَعذَّرَ بِفَلَسٍ أَو جَحْدٍ وَحَلِفٍ وَنَحوِهِمَا: لَمْ يَرْجِعْ عَلَى الْمُحِيلِ.

الرهن، وفيه كلام للبارزي، ولما ذكر في «الشامل» مسألة ابن سُرَيْج السابقة.

قال: وينبغي أن يكون على هذا الاختلاف إذا أحال بدين على رهن ودينه بغير رهن، فهل تصح الحوالة أم لا؟ هكذا في عدة نسخ بـ«الشامل» وفي «البحر» موافقته بلا زيادة، وفي «حاشية» شيخه بالشامل، وينبغي إذا حال بدين لا رهن به على دين به رهن أن لا تصح وجهًا واحدًا؛ لأن الرهن عقد وقع له، ولا يقبل النقل إلى غيره بخلاف الدين على الضامن؛ لأنه يقبل النقل، ولهذا لو أحال به وحده جاز. ونقل ابن الرِّفْعَة هذا كله عن ابن الصباغ، وهو في «البيان» عنه كذلك، وأطال شارح البحث هنا في ذلك ذكرته في «الغنية»، ورأيت في «شرح الوجيز لصاحب التعجيز»، ولو أحال بألف بلا رهن على ألف برهن، فالوجهان في «الذخائر» قال بعض أصحابنا: يحتمل أن يجري الخلاف في حوالة الدين الذي لا رهن به على الدين به رهن، ويحتمل ألا يصح هاهنا وجهًا واحدًا؛ لأن الرهن عقد، فلا يقبل الرهن والضمان التزام بعيد النقل، انتهى، وأصل كلامهما كلام «الشامل».

ومنها: سئل في «الفتاوى» عمن له دين على ميت، فأحال به على التركة لآخر، فأفتى فقهاء عصرنا بدمشق بفساد الحوالة أخذًا من قول الأصحاب: إنه لا بُدّ في الحوالة من ثلاثة أشخاص، ورأيت عن قاضي حماة ما يتضمن القول بالصحة في فتوى له، والظاهر الأول.

قال: (**فَإِنْ تَعَذَّرَ بِفَلَسٍ أَو جَحْدٍ وَحَلِفٍ وَنَحْوِهِمَا**): أي: من أنواع التعذر (**لَمْ يَرْجِعْ عَلَى الْمُحِيلِ**) لأنها عقد لازم، ولو فسخت لا ينفسخ، وليس للمحيل مطالبة المحتال بالقبض، ولو شرط الرجوع بتقدير الإفلاس أو الجحد، فهل تصح الحوالة والشرط أو الحوالة فقط، أو لا يصحان؟ أوجه أصحها ثالثها، وعبارة «فروع ابن الْقَطَّان» فيه ثلاثة أوجه: أحدها بطلانها لاشتراطه فيها ما ينافيها، والثاني: تصح الحوالة ويبطل الشرط، والثالث: أن الشرط يصح وتبطل الحوالة، انتهى.

وما ذكراه فيما إذا طرأ الإفلاس بعد الحوالة.

فَلَوْ كَانَ مُفْلِسًا عِنْدَ الْحَوَالَةِ وَجَهِلَهُ الْمُحْتَالُ، فَلَا رُجُوعَ لَهُ، وَقِيلَ: لَهُ الرُّجُوعُ إنْ شُرِطَ يَسَارُهُ. وَلَوْ أَحَالَ الْمُشْتَرِي بِالثَّمَنِ فَرَدَّ الْمَبِيعَ بِعَيْبٍ بَطَلَتْ فِي الْأَظْهَرِ،

قال: **(فَلَوْ كَانَ مُفْلِسًا عِنْدَ الْحَوَالَةِ وَجَهِلَهُ الْمُحْتَالُ فَلَا رُجُوعَ لَهُ)** كما لو طرأ فلسه وضرره بذلك جاء من يقصره، حيث لم يفصح عن حاله قبل الحوالة، فأشبه ما لو اشترى شيئًا فبان أنه غبن فيه، ولا فرق بين أن يغره بذكره يسار المحال عليه أم لا، كذا نقله الـمُزَنِيّ وساعده الجمهور بتحول الحق، قال الرُّويَانِي في «التجربة»: وغلط من قال غيره، وما ذكروه ظاهر فيما إذا كان الحق للمحتال، أما لو كان لغيره وهو يتصرف عليه بولاية، فيظهر أن يقال: إنه بان فسادها.

قال: **(وَقِيلَ لَهُ الرُّجُوعُ إنْ شُرِطَ يَسَارُهُ)** كما لو شرط كون العبد، فأحلف، واختاره الشيخ أبو حامد، قال سليم: إنه أشبه.

وقال الْمَاوَرْدِي: إنه خطأ، وقيل: له الرجوع، وإن لم يشترطاه واختاره الْغَزَالِي، وهو شاذ، وقيد الوجه في الكتاب بالشرط، وعبارة «حلية الرُّويَانِي» وغيره: ولو غره المحيل، وقال: إنه غني فبان مفلسًا، لا يرجع في مذهب الشَّافِعِي، وقال: ابن سُرَيْج: يرجع للتدليس، واختاره أبو حامد، قال في «الحلية»: وهو القياس والاختيار، وحكم في «التجربة» بأنه غلط، وعبارة الشيخ أبي حامد: على فلان الموسر أو وهو موسر، قال الإمام: والخلاف مبني على أن الغالب على الحوالة المعاوضة والاستيفاء.

فرع: حكى الدارمي عن أبي الطيب الطبري: أنه لو خرج المحال عليه عبدًا لأجنبي كان في ذمته أو للمحيل كان في كسبه إن كان، وإلا ففي ذمته، قال الدارمي: وفيه نظر!

قلت: وأطلق ابن الْقَطَّان القول بأنه لو أحال السيد رجلًا على عبده أن الحوالة باطلة.

(وَلَوْ أَحَالَ الْمُشْتَرِي بِالثَّمَنِ فَرَدَّ الْمَبِيعَ بِعَيْبٍ بَطَلَتْ فِي الْأَظْهَرِ) لأنه أحاله بالثمن، وإذا فسخ العقد، خرج المحال به عن كونه ثمنًا، ويسقط حق العاقد فبطلت الحوالة، والثاني: المنع لتعلق حق الغير به، وبناهما جماعة على أنها

أَو الْبَائِعَ بِالثَّمَنِ فَوُجِدَ الرَّدُّ لَمْ تَبْطُلْ عَلَى الْمَذْهَبِ.

استيفاء أو بيع، إن قلنا: استيفاء أو بيع، إن قلنا: استيفاء، بطلت، وإلا فلا، وقيل: تبطل الحوالة قطعًا، وعبارة «الروضة»، تفهم ترجيحهما، وقيل: لا يبطل قطعًا، وصححه القاضي أبو الطيب، ونسبه إلى الجمهور، وقيل: هو على الخلاف حالهن من وجه آخر، فالذي قاله هنا: إِذَا كَانَ الْعَيْبُ مُتَقَدِّمًا فَلَا يَجُوزُ حُدُوثُ مِثْلِهِ بَعْدَ الْقَبْضِ أو يجوز، وأعرف البائع أنه كان قبل القبض فتبطل الحوالة، والنص الآخر إذا أنكر البائع هذا العيب، وكان مما يجوز حوزته بعد القبض، ونكل البائع عن الثمن ورُدت على المشتري، فحلف واستحق الرد لا تبطل الحوالة، ويحكى عن أبي إسحاق ذكرهما الرُّويَانِي في «البحر»، وقال صاحب «التعجيز في شرحه للوجيز»: في المسألة طرق إحداها قولان، الثانية: القطع بالبطلان، قاله: ابن أبي هريرة والأكثرون.

الثالثة: عكسها، قاله أبو علي الطبري.

الرابعة: واختارها الْمَاوَرْدِي وجزم بها الجرجاني، إن سبق قبض الثمن المحال به لا تبطل الحوالة لإلزامها.

الخامسة: إن كان الرد بعيب، وذكر ما سبق عند أبي إسحاق.

السادسة: إن سبق قبض المبيع لم تبطل الحوالة وإلا بطلت.

السابعة: إن كان قبل قبض المحتال أو في مدة الخيار بطلت لضعف العقد، انتهى.

وجعل الْمَاوَرْدِي محل القولين في انفساخها بما إذا وقع الرد بالعيب بحكم الحاكم، ووافق المحتال على ما وقعت به الحوالة، هو الثمن، فإن خالف ووقع الفسخ بينهما بلا حاكم لم تبطل الحوالة قولًا واحدًا.

تنبيه: في حكم الرد بالعيب الفسخ بالتحالف وبالحلف وبالإقالة، وقضية كلام الْمَاوَرْدِي أن تجري في الإقالة كالرد بالتراضي ولوليّ وهو الوجه، وعد بعضهم من الأمثلة تلف المبيع قبل القبض.

قال: (**أَوْ الْبَائِعَ بِالثَّمَنِ فَوُجِدَ الرَّدُّ لَمْ تَبْطُلْ عَلَى الْمَذْهَبِ**) أي: قولًا

وَلَوْ بَاعَ عَبْدًا وَأَحَالَ بِثَمَنِهِ ثُمَّ اتَّفَقَ الْمُتَبَايِعَانِ وَالْمُحْتَالُ عَلَى حُرِّيَّتِهِ، أَو ثَبَتَتْ بِبَيِّنَةٍ بَطَلَتْ الْحَوَالَةُ.

واحدًا سواء قبض المحتال مال الحوالة من المشتري أم لا .

وقيل: على القولين في المسألة قبلها، قال الإمام: وهو منقاس لكن غريب، والفرق تعلق الحق هنا بثالث، فلا تبطل بفسخ يختص به المتعاقدان، كما لو اشترى عبدًا بثوب فباع العبد ثم رد الثوب بعيب لم ينفسخ البيع الثاني لتعلق حق الثالث.

قال: (وَلَوْ بَاعَ عَبْدًا وَأَحَالَ بِثَمَنِهِ ثُمَّ اتَّفَقَ الْمُتَبَايِعَانِ وَالْمُحْتَالُ عَلَى حُرِّيَّتِهِ، أَو ثَبَتَتْ بِبَيِّنَةٍ بَطَلَتْ الْحَوَالَةُ) أي: بأنها وقعت باطلة؛ لأنه بان ألا ثمن، وكذلك الحكم لو اتفقوا على أنه مستحق أو قامت به البينة، هذا إذا أصدقهما المحتال، أيضًا أن الحوالة كانت بالثمن، أما لو ادعى إنها بغيره صدق بيمينه ولم تبطل الحوالة، قاله: القاضيان أبو الطيب والروياني وغيرهما، وإذا قضى ببطلان الحوالة رد المحتال ما أخذه على المشتري، وبقي حقه في ذمة البائع، كما كان.

تنبيه: قال في «الروضة»: وهذه البينة يغنمها العبد أو يشهدون، حينئذٍ لا يتصور أن يغنمها المتبايعان؛ لأنهما كذباها بدخولهما في البيع.

قال ابن الرِّفْعَة: وفيها دليل من إمكان إقامة العبد البينة نظر؛ لأن المشتري إذا صدقه في دعواه الحرية عتق، ولم يتوقف عتقه على تصديق المحتال، فدعواه عليه غير مسموعة، وبينته من طريق الأولى، قال: وفي تعليق القاضي أبي الطيب: تصوير المسألة بما إذا اشترى عبدًا بألف، وقبضه ثم باعه، وأحال على المشتري الأول البائع منه بألف رجلًا، ثم تصادق البائع الأول والمشتري منه على حرية العبد، ولم يصدقهما المشتري الثاني، فإن كان إطلاق الأصحاب محمولًا على هذه الصورة اندفع الإشكال، فإن العبد والحالة هذه لا يحكم بحريته، انتهى.

والذي فهمته من تعليق القاضي: إنما هو الاستشهاد بما ذكر لا التصوير

....

به، وهو موجود في كلام غيره يدرك بالمراجعة، والظاهر أن محل شهادة الحسبة، وإقامة العبد البينة محله إذا لم يصدق المشتري، وإذن لا إشكال، وإلا فكيف سمع شهادة الحسبة بعد تصادق المتبايعين، إذا لم يبق إلا محاولة إفساد الحوالة، وهي حق آدمي محض، ثم إنِّي أمعنت النظر في كلامهم، فوجدته يقتضي أن للمسألة حالان كما هو ظاهر لفظ الكتاب، أحدهما: أن يتصادق المتبايعان على حريته فلا بينة بالحرية من العبد ولا من غيره، وكذلك لو أعرف بها المشتري، والحال الثاني: أن يدعي العبد الحرية ولا يصدق، فهذا محل شهادة الحسبة، وإقامة العبد البينة فاعلم، ولا فرق في شهادة الحسبة وإقامة العبد البينة بين أن يتقدم منه إقرارًا بالحرية أو لا؛ لأن العتق حق لله تعالى، ولو باعه وهو كبير، ولم يعترف بالرق، فالقول قوله: أنه حر الأصل ولا يحتاج إلى بينة. واعلم إنما ذكره من أنه لا يتصور أن يغنمها المتبايعان؛ لأنهما كذباها بالدخول في البيع، قاله: الْبَغَوِي والروياني والقاضي أبو الطيب، واعتمده المصنف هنا.

وقال في «الدعاوى» وفيما جمع من «فتاوى الْقَفَّال» وغيره: أنه لو باع دارًا ثم ادعى أنها وقف أن العراقيين قالوا: يسمع إذا لم يكن صرح بأنها ملكه، بل اقتصر على البيع، وإن الرُّويَانِي قال: إذا باع شيئًا ثم قال: بعته وأنا لا أملكه ثم ملكته بالإرث، إن قال حين باع: هو ملكي لم تُسْمع دعواه ولا بينة، وإنْ لم يقل: ذلك بل اقتصر على قوله: بعتك سُمعت دعواه، فإن لم يكن له بينة حلف المشتري أنه باعه وهو ملكه، قال: ونص عليه في «الأم» وغلط من قال: غيره، وكذا لو ادعى أن البيع وقف عليه، انتهى.

وفي «أدب القضاء» للديبلي: أنه لو باع عبدًا ثم ادعى أنه كان أعتقه لم يقبل منه؛ لأنه يريد فسخ البيع، فإن أقام البينة فسخ البيع؛ لأن الحق للعبد، ولو باع دارًا ثم قال: هي وقف علي ابني، لم يسمع، فإن أقام البينة سمعت ونقض البيع؛ لأن الحق ليس للبائع وإنما هو لابنه، انتهى.

وهذا كله يخالف ما ذكراه هنا، وسبقت المسألة في المرابحة، وأشبعت

وَإِنْ كَذَّبَهُمَا الْمُحْتَالُ وَلَا بَيِّنَةَ حَلَّفَاهُ عَلَى نَفْيِ الْعِلْمِ ثُمَّ يَأْخُذُ الْمَالَ مِنْ الْمُشْتَرِي.

القول فيها في «الغنية» هناك.

قال: **(وَإِنْ كَذَّبَهُمَا الْمُحْتَالُ وَلَا بَيِّنَةَ حَلَّفَاهُ عَلَى نَفْيِ الْعِلْمِ)** أي فيقول: والله لا أعلم حريته طردًا للقاعدة، هكذا ذكره عبارة «البحر»: ويحلف المحتال أن البيع وقع على رقيق يملكه، وظاهرها أنه يحلف على النسب، ويوافقه ما سبق من قوله: حلف المشتري أنه باعه، وهو ملكه، وسكتا عليه.

قال: **(ثُمَّ يَأْخُذُ الْمَالَ مِنْ الْمُشْتَرِي)** أي: بعد حلفه لبقاء الحوالة، وهل يرجع المشتري على البائع، قال الْبَنْدَنِيجِي وسليم الرازي والبغوي: لا؛ لأنه يقول: المحتال ظلمني بما أخذ والمظلوم لا يطالب غير ظالمه.

وقال الشيخان أبو حامد وأبو علي وابن كج: نعم؛ لأنه قضى دينه بإذنه الذي تضمنته الحوالة، وضعفه ابن أبي الدم، وقال ابن الرِّفْعَة: إنه الحق؛ لأنه وإن لم يأذن فيه لكنه يرجع بطريق الظفر لا بطريق أدائه بإذنه، وفيما قاله: نظر؛ لأن هذا طريق آخر، وعلى طريقة أبي حامد في رجوعه قبل دفع المال إلى المحتال وجهان، ولو نكل المحتال حلف المشتري ثم إن قلنا: اليمين المردودة كالإقرار بطلت الحوالة أو كالبينة، فكما لو حلف أنه ليس للمشتري إقامة البينة، كذا قاله: الرَّافِعِي، وهو موافق لما سبق عن الْبَغَوِي وغيره، أن المتبايعان لا يقيمان البينة، ولك أن تقول: ما المانع من إقامة البينة إذا قصد بها بطلان الحوالة على ما سبق عن كتاب «الدعاوى» ثم إذا صح ما قاله: فينبغي إذا جعلناها كالبينة لا يحلف إذ لا فائدة للتحليف، قاله ابن الرِّفْعَة، وكلامه يقتضي التحليف.

فرع: أحال المدين رب الدين على زيد، ثم اختلف زيد والمحيل، فقال زيد: لم يكن لك عليّ شيء فلي الرجوع عليك بما دفعت عنك، صدق بيمينه؛ لأن الأصل براءة ذمته، ويرجع على المحيل، هكذا أورده في «التتمة» و«التحرير» و«البيان»، و«تجربة» الرُّويَانِي وغيرها، ويتعين أن يكون محله إذا لم يحصل من زيد حين الدفع ما يدل على أنه من جهة الحوالة.

وَلَوْ قَالَ: الْمُسْتَحَقُّ عَلَيْهِ وَكَّلْتُك لِتَقْبِضَ لِي، وَقَالَ: الْمُسْتَحَقُّ، أَحَلْتنِي، أَو قَالَ: أَرَدْت بِقَوْلِي: أَحَلْتُك الْوَكَالَةَ، وَقَالَ: الْمُسْتَحِقُّ بَلْ أَرَدْت الْحَوَالَةَ صُدِّقَ الْمُسْتَحَقُّ عَلَيْهِ بِيَمِينِهِ، وَفِي الصُّورَةِ الثَّانِيَةِ وَجْهٌ.

قال شارح: ودعوى زيد أنها حوالة على من لا دين عليه، فإن أفسدناها فهو مفرط بالدفع، فلا يرجع بشيء وإن صححناها، فيرجع به.

قال: به نعلم إنما ذكروه على وجه ضعيف، نعم، يمكن فرضه فيما إذا كان الدين ثابتًا بالبينة، فانتزعه المحتال منه بالحاكم، ثم ادعى الدافع على المحتال، وطلب بيمينه فردها عليه فحلف، وحينئذٍ يظهر أن له الرجوع؛ لأنه دفع بغير اختياره، انتهى.

ولا حاجة إلى هذا التكليف، بل الظاهر أن الصورة فيما إذا كان قد أدي ذلك بإذنه، بأن سأله أن يقضي دينه، فأنعم ثم أحال به عليه، أو أحال به عليه أو لا فاستأذنه زيد في أدائه عنه فأذن له وتصادقا على ذلك، ثم اختلفا في أنه كان له عليه دين أم لا، ويرشد إلى ذلك قول صاحب «البيان»: ولو اختلفا فقال المحال عليه: أحلت عليّ ولا حق لك عليّ، فأنا أستحق الرجوع؛ لأني قضيت بإذنك المسألة، وحاصل المسألة هل إذا أحال على من لا دين عليه وصححناها برضاه، فإذا طالبه المحتال كان له مطالبة المحيل بتحصله كالضامن، فإن دفع بإذن المحيل رجع عليه، أو بغير إذنه لم يرجع على أحد الوجهين، فإن ادعى المحيل أنه كان له عليك ألف أحلت به وأنكره صدق بيمينه، إذ الأصل عدم ذلك.

قال: (**وَلَوْ قَالَ: الْمُسْتَحَقُّ عَلَيْهِ وَكَّلْتُك لِتَقْبِضَ لِي، وَقَالَ: الْمُسْتَحَقُّ، أَحَلْتنِي، أَو قَالَ: أَرَدْت بِقَوْلِي: أَحَلْتُك الْوَكَالَةَ، وَقَالَ: الْمُسْتَحِقُّ بَلْ أَرَدْت الْحَوَالَةَ صُدِّقَ الْمُسْتَحَقُّ عَلَيْهِ بِيَمِينِهِ، وَفِي الصُّورَةِ الثَّانِيَةِ وَجْهٌ**) لاختلافهما، لأن الأول يختلفا في الملفوظ، فيقول: رب الدين: قلت: لي أحلتك على زيد، وقبلت الحوالة، ويقول المدين: لا، بل قلت: وكلتك لتقبض لي، فيصدق بيمينه إذ الأصل عدم الحوالة، وبقاء حقه على غريمه؛ ولأنه اختلاف في صفة الإذن ولو اختلفا في أصل الإذن، فالقول قوله، فكذا إذا اختلفا في

....

صفته، قال: الْمُتَوَلِّي: وإنما تظهر فائدة هذا فيما لو كان المدين مفلسًا، والدائن مليًّا برب الدين يدَّعي الحوالة ليسلم حقه له، والمدين ينكر ليقسم ذلك على العرفاء، الثاني: أن يتفقا على جريان لفظ الحوالة، قال الْمُتَوَلِّي: وإنه قال: قبلت الحوالة ثم يحتلفا في الإرادة كما ذكره فيصدق المدين بيمينه؛ لأنه أعرف بقصده؛ ولأن الأصل بقاء الحقين، قال ابن الرِّفْعَة: ويتخرج على التعليلين ما إذا لم يكن له بينة، ولم أر فيه نقلًا .

قلت: وقد يظهر أن يقضي بتصديق المستحق عملًا بظاهر اللفظ حيث لم يصرفه الدين عن ظاهر بينة التوكيل والوجه المذكور، قول: ابن سُرَيْج ووافقه الفوراني، قالا: تبعًا للمتولي وقطع به القاضي الحسين والذي في «تعليقه» ترجيحه، وهو قوي ومحل الخلاف إذا قال: أحلتك على فلان بمائة أو بالمائة التي لي على زيد، أما لو قال: أحلتك بالمائة لك علي المائة التي على زيد، صدق المستحق قطعًا، وعبارة «المحرر» مشيرة إلى محل الوجهين، لكن في «النهاية» أن منهم من جعل التفصيل وجهًا ثالثًا، وزيفه الإمام والدارمي، ولو قال: أحلتك لتقبض إليّ فقال: بما لي، فالقول: قول المحيل، وقيل: قول المحال.

وقيل: إن قال أحلتك، فقول المحال، وإن قال: اقبض ونحوه، فقيل: المحيل [باع المحتال ما له في ذمة المحال عليه بما للمحتال في ذمته] وَقَوْلُ الْمُصَنِّفِ الْمُسْتَحِقُّ وَالْمُسْتَحَقُّ عَلَيْهِ؛ ليشير إلى فرض المسألة فيما إذا اتفقا على الدين كما فرضها الأئمة، أما لو أنكر مدعي الوكالة الدين في الحالة الأولى، صدق بيمينه قطعًا، وكذا في الثانية عند الجمهور. ولنا عند ابن سُرَيْج، فيحتمل أن يقال: مقتضى الحوالة ثبوت الدين التفريع إذا صرفنا المدين في إرادته الوكالة نظر، إن قبض المستحق المال بريء الثالث منه لتسليمه إلى وكيل ومحتال.

وقيل: لا يرى في صورة أيضًا فيما على لفظ الحوالة وزيف، فإن كان فعليه تسليمه إلى المدين، وهل له المطالبة به؟ وجهان: أحدهما: لا لاعترافه بالبراءة بدعوى الحوالة، وأصحهما: نعم؛ لأنه إن كان وكيلًا فحقه باقٍ

وَإِنْ قَالَ: أَحَلْتُك فَقَالَ: وَكَّلْتَنِي صُدِّقَ الثَّانِي بِيَمِينِهِ].

بحاله، وإن كان محتالًا فقد استرجع من عليه الدين ماله ظلمًا، فلا وجه لتضييع حقه، والوجهان في الرجوع ظاهرًا، وإما باطنًا فله إمساك المأخوذ لظفره بحبس حقه من مال غريمه، وإن أراد المقبوض بألف فلا تقصير منه، قال الجمهور: لم يضمن؛ لأنه وكيل بزعم خصمه، وليس له المطالبة بدينه؛ لأنه استوفاه بزعمه، وفي «التهذيب» و«الكافي» أنه يضمن؛ لأنه قد ثبت أنه وكيل، والوكيل إذا أخذ المال لنفسه ضمن، وإن لم يقبض المستحق فليس له أن يقبض بعد حلف اليمين لاندفاع الحوالة بيمينه، وانعزاله عن الوكالة بإنكاره، وللمديون المطالبة بحقه للثالث، وهل للمستحق المطالبة بحقه؟ فيه الوجهان فيما إذا قبض، وسلم المقبوض إليه.

قال صاحب «البيان»: وينبغي ألا يطالب هنا قطعًا لاعترافه بأنه نال حقه بالوكالة، وأن ما يقبضه المديون ليس حقًا له، وقد تعين حقه فيما قبض، فإذا أخذه المديون، وقد أخذ ماله، وأقام الرَّافِعِي في هذا في «شرحه الصغير» وجهًا أو طريقةً، فقال: وقيل: ينبغي ألا يطالب هنا وجهًا واحدًا، قال في «البحر»: وإذا لم يكن له أن يقبض في ألف وقبض، فهل يضمن؟ وجهان بناء على أنها هل تكون حوالة فاسدة أو وكالة فاسدة؟ إنْ قلنا: الأول ضمن وإلا فلا، ذكره «الحاوي».

قال: (**وَإِنْ قَالَ: أَحَلْتُك فَقَالَ: وَكَّلْتَنِي صُدِّقَ الثَّانِي بِيَمِينِهِ**)، لأن الأصل بقاء حقه، وهذا الاختلاف يظهر عند إفلاس ذلك الثالث.

قال في «البحر»: أو تلف المال في يد القابض وإن اتفقا على جريان لفظ الحوالة، واختلفا في المراد، ففيه الوجهان المذكوران في فلسه، أصحهما تصديق المستحق النافي بيمينه، فإذا حلف فليس له القبض لاندفاع الحوالة، وقول الآخر: ما وكلتك يتضمن العزل لو كان وكيلًا، فإن كان قد قبض برئت ذمة الثالث، ثم المقبوض إن كان باقيًا فوجهان، حكاهما الْغَزَالِي: أحدهما: يرده على المدين ويطالبه بحقه، وأصحهما له أن يتملكه الآن، وإن لم يملكه عند القبض؛ لأنه من جنس حقه، وصاحبه يزعم أنه

....

ملكه، قالا: ويشبه ألا يكون فيه خلاف محقق، بل له أن يرده ويطالب ببذل حقه، وله أن يأخذه لحقه، وإن كان بالغًا فلا تقصير، ولا ضمان عليه؛ لأنه وكيل أمين.

وقيل: يضمن؛ لأن الأصل فيما يتلف في يد الإنسان من ملك غيره الضمان، ولا يلزم من تصديقه في نفيه الحوالة ليبقى حقه تصديقه في إثبات الوكالة ليسقط عنه الضمان وإن تلف بتفريطه ضمنه، وله حقه وقد يقع التقاضي بينهما.

نجزت مسائل الباب، وبالله التوفيق، وأسأله الإعانة.

[ورأيت] في «فتاوى الْقَفَّال»: لخالد على زيد ألف، فباع زيد من عمرو ثوبًا بألف، وقال له: ادفع إلى خالد هذا الألف، فقال: نعم، فطالب خالد عَمرًا به، فقال: لا أعطيك شيئًا، فله ذلك؛ لأن ذلك لم يكن حوالة ولا ضمانًا من عمرو لخالد، فإن ادعى خالد على عمرو الحوالة يسمع ويحلف، وإن ادعى وقال: حلفه أن زيدًا لم يقل له ادفع الألف إليه، لم تسمع هذه الدعوى؛ لأنه أقر بهذا لم يجب عليه شيء.

فرع: في «فتاوى الْبَغَوِي»: له عليه ألف فادعى أداءه، فقال المدعي: بل أديت ألفًا غيره، صدق المديون بيمينه، فلو قال: أحلت فلانًا على الألف، فقال المدعي: إنما أحلت بألف من جهة أخرى، صدق المدعي بيمينه؛ لأن الحوالة استيفاء، وهو ينكر أن يكون استوفى، وينكر أن يكون قد أحال بما ادعاه بخلاف المسألة الأولى، فإنه أخذ منه المال، والقول قول: المدَّعي عليه في جهة الأداء، يدل على الفرق بينهما أنه لو كان لزيد على عمرو ألفان، ألف لها رهن وألف لا رهن بها، فادعى المديون ألفًا، ثم قال: أديت عني مائة الرهن صدق بيمينه، فإن كان رب الدين أحال غريمًا له بألف على المديون، ثم قال: أحلت بالدين الذي لا رهن به، وقال المحال عليه: أحلت بالذي به الرهن وقد انفك، فالقول قول المحيل بيمينه، هكذا قال. وبالله التوفيق وأسأله الإعانة.

باب الضَّمَانِ

قال المصنف: [شَرْطُ الضَّامِنِ: الرُّشْدُ، ....

قال الشارح: الإجماع والأحاديث متعاضدة على صحة الضمان فمنها قوله ﷺ: «**الزعيم غارم**»[١] حسنه الترمذي وصححه ابن حبان، وضمان أبي قتادة عما على الميت من الدين بانت في الصحيح، واستدل بعضهم من الكتاب العزيز بقوله ﷻ: ﴿وَأَنَا۠ بِهِۦ زَعِيمٌ﴾ [يوسف: ٧٢] وهو إن لم يحكموا، وقوله ﷻ: ﴿أَيُّهُم بِذَٰلِكَ زَعِيمٌ﴾ [القلم: ٤٠] أي: ضامن ملتزم، والضمان هنا ضم دينه إلى ذمته لحفظ الحق، وقال: ضمنت الشيء ضمانًا أي: تكفلت به، فأنا ضامن وضمين.

قال: (**شَرْطُ الضَّامِنِ: الرُّشْدُ**) أي: إطلاق التصرف، فإن ضمان من طرأ سفهه بعد رشده، وإطلاق تصرفه نافذ على الأصح إلى أن يتصل به حجر الحاكم، وكذلك السفيه المهمل على وجه مشهور، وإن كان الجيد أن يقول: إطلاق التصرف والاختيار ليخرج به المكره.

قال في «الروضة»: شرط صحة العبارة وأهلية التبرع فخرج بالأول: الصغير والمجنون والمغمى عليه والنائم والسكران بغير معصية كالمجنون، وكذا حكم أخرس لا إشارة له مفهمة ولا كتابة، وبالثاني: المحجور عليه بالسفه، وأما المريض ففي «الحاوي» أن ضمانه يعتبر من الثلث، فإن كان عليه دين مستغرق فالضمان باطل، وإن خرج بعضه من الثلث صح فيه.

قال: ولا يصح ضمانه لوارثه كتبرعه عليه، وفي «تجربة» الرُّويَانِي وغيره عن النص أنه إذا ضمن في مرضه المخوف كان من ثلثه؛ لأنه إتلاف مال بلا عوض إذا ضمن بغير إذن من عليه الحق، وإن ضمن بإذنه يعتبر من رأس المال لرجوع الورثة على المضمون عنه، انتهى.

وأطلق الْمُتَوَلِّي وغيره أن ضمانه من الثلث، وكنت أود لو قيل: إن شرط الرجوع وحصل ما أُدي للورثة فمن رأس المال، وإلا فمن الثلاث إذ قد

---

(١) أخرجه أحمد (٥/ ٢٦٧)، وأبو داود (٣٥٦٥)، والترمذي (١٢٦٥).

....

يشرط الرجوع، ولا تحصل لهم شيء، ثم رأيت الدارمي قال: إذا ضمن المريض بغير إذن المضمون عنه فمن ثلثه، فإن كان أمره فلم يسترجع فكذلك هذا لفظه، وقد أورد الشيخان في آخر الباب بنحوه.

إشارة: عبارة «المحرر»: وشرطه أن يكون صحيح العبارة بجمع البلوغ والعقل الحاضر، واحترز بالحاضر عن غيبته بنوم أو إغماء ونحوه، وهو صحيح إذ النائم لا يزول رشده، فحذف «المنهاج» صحة العبارة لا لحسن هذا ولما ذكرناه، وما أحسن قول صاحب «التهذيب» و«المحرر»: ولا يصح ضمان صبي ومجنون ومغمى عليه ومحجور سفهًا، ويصح من محجور، فأشار إلى آخر.

فرع: لا يصح ضمان محجور لسفه وإن كان شرط الرجوع وأذن فيه الوليّ وعلَّله الإمام بأنه يتبرع، وفيه بحث الرَّافِعِي رده عليه في «الروضة».

نعم، لو دعت ضرورته إلى دين إلى حضور عليه أو ماله وإلى صاحب المال أن يدين الولي ذلك إلا أن يضمنه السفيه فيحتمل أن تصح للضرورة، إذا كان الولي عازمًا على الأداء من ماله أو الرجوع به، إذ لا تبرع وفيه نظر.

فرع: ضمن ثم قال: كنت حينئذ صبيًّا، وكان محتملًا ولايته صدق بيمينه، وكذا لو قال: كنت مجنونًا وعرف له جنون سابق، أو أقام به بينةً وإلا صدق المضمون له بيمينه.

فإن قلتَ: صدقوه في دعوى صباه إذا احتمل في جنونه إذا عهد، وقالوا: لو زوج أمة ثم ادعى ذلك أن المصدق الزوج في الأصح.

قلتُ: فرق بِأَنَّ الْأَنْكِحَةَ يُحْتَاطُ فِيهَا غَالِبًا، وَالظَّاهِرُ أَنَّهَا تَقَعُ بِشُرُوطِهَا، وفيه نظر! إذ أكثر الناس تجهل الشروط أو أكثرها، والغالب على العقود التي تنفرد بها العامة والاختلاف، وسكتوا عما لو ادَّعى الصبي الجنون ويحتمل أن يقال: إقدامه على الضمان يتضمن لدعواه الرشد، فلا يصدق في دعواه أنه كان سفيهًا حينئذٍ بخلاف الصبى والمجنون.

فرع: قيل: الأخرس رشيد، فإن أفهم صح ضمانه بالإشارة على الأصح،

وَضَمَانُ مَحْجُورٍ عَلَيْهِ بِفَلَسٍ كَشِرَائِهِ.

وَضَمَانُ عَبْدٍ بِغَيْرِ إِذْنِ سَيِّدِهِ بَاطِلٌ فِي الْأَصَحِّ، وَيَصِحُّ بِإِذْنِهِ، ....

ويصح ضمانه بالكتابة أيضًا على الأصح أحسن الإشارة أم لا ، وذلك عند القرينة المشعرة، ويجري الوجهان في الناطق وفي سائر التصرفات، وادَّعى المصنف الاتفاق على صحة عقوده بالإشارة، وفي نكاحه ما يأتي هناك إن شاء الله تعالى.

قال: (**وَضَمَانُ مَحْجُورٍ عَلَيْهِ بِفَلَسٍ كَشِرَائِهِ**) أي: فيصح على الأصح كما سبق يطالب به بعد فك الحجر عنه وقضية الوجه القائل: بأن الحجر يتعدى إلى نفسه فلا يصح ضمانه.

قال: (**وَضَمَانُ عَبْدٍ بِغَيْرِ إِذْنِ سَيِّدِهِ بَاطِلٌ فِي الْأَصَحِّ**) أي: كان مأذونًا له في التجارة وغيره؛ لأنه إثبات مال في الذمة بعقد فلم يصح منه استقلالًا كالنكاح، والثاني: يصح ويتبع إذا عتق والسر لعدم ضرر سيده، كما لو أقر بإتلاف مال وكذبه سيده.

قال: (**وَيَصِحُّ بِإِذْنِهِ**) أي: ولو عن السيد ليس له النكاح، ولو أمره السيد بالضمان لم يلزمه الامتثال بخلاف البيع وغيره، فمن التصرفات إذا أدى في الرق، فالرجوع لسيده الإذن أو بعد عتقه فالرجوع للعبد على الأصح، وَأَمَّا الْمُبَعَّضُ فَإِنْ لَمْ تَكُنْ بَيْنَهُ وَبَيْنَ سَيِّدِهِ مُهَايَأَةٌ، أو كانت وضمن في مؤنة السيد، وكالقن وفي مؤنته صحيح.

قال الرَّافِعِي: وكان يجوز أن يقال: التزامه بالضمان كالتزامه بالشراء فيصح ويختص به، وإن ضمن في مؤنه السيد، انتهى.

وكأنه لم يقف على قول القاضي الحسين: إن لم تكن مهايأة فوجهان ثابتان: على أنه هل يورث، فإن قلنا: يورث صح وإلا فلا ، وقضيته أن المذهب الصحة ضمان المكاتب فلا إذن كالقن، وبالإذن قالوا: هو على القولين في تبرعاته، قاله: في «الروضة»، وفي «الحاوي» أن ضمانه في ذمته جائز بإذن، وبغيره، ولو ضمن فيما بيده، فإن كان بغير إذنه فباطل، وإلا فقولان.

وفي «البيان» إن ضمن بإذنه وصححنا هبته بإذنه فكالمأذون له ضمن بإذن

فَإِنْ عَيَّنَ لِلْأَدَاءِ كَسْبَهُ أَو غَيْرَهُ قَضَى مِنْهُ، وَإِلَّا فَالْأَصَحُّ أَنَّهُ إِنْ كَانَ مَأْذُونًا لَهُ فِي التِّجَارَةِ تَعَلَّقَ بِمَا فِي يَدِهِ وَمَا يَكْسِبُهُ بَعْدَ الإِذْنِ، وَإِلَّا فَبِمَا يَكْسِبُهُ.

سيده، وإن قلنا: لا يهب بإذنه فالذي يقتضيه المذهب أنه يصح الضمان، ويتبع به إذا عتق، ولا يقضي مما في يده قبل أداء الكتابة، انتهى.

قال: **(فَإِنْ عَيَّنَ لِلْأَدَاءِ كَسْبَهُ أَو غَيْرَهُ قَضَى مِنْهُ)** هذا الكلام يشمل مال التجارة في يد المأذون وغيره من أموال السيد، وإنَّما يصح لعبد السيد كذلك على الإطلاق، إذ لم يتعلق حق غيره، فلو ركب المأذون ديون وعيَّن ما في يده، فأصح الأوجه يتعلق بما فضل عن حقوقهم، والثاني: لا يتعلق بما في يده كالمرهون، والثالث: يشارك المضمون له الغرماء، وهذا إذا لم يحجر عليه القاضي، فإن حجر عليه بشرطه لم يتعلق حيث لا ضمان بما في يده قطعًا، ثم إن قلنا: يتعلق بما في يده صح ضمانه، وإلا ففي صحته وجهان في «الحاوي»، وإن صححنا فوجهان:

أحدهما: يكون فيما يكسب بعد الضمان، وفيما يفضل بيده من المال المتقدم على الضمان.

والثاني: يكون في ذمته بديونه بعد عتقه، وذكر أنه لو لم يكن عليه دين ولم يف ما عينه السيد مما في يده بضمانه يكون النافي في المستقبل من كسبه.

قال شارح: وكلام الأصحاب ساكت عن ذلك، والمفهوم من إطلاقهم أنه يقتصر على ما عيَّنه ويتبع بالباقي إذا عتق؛ لأن التعيين يقطع الطمع على ما عيَّن.

قلت: وكأن الْمَاوَرْدِي رأى أن الزائد عما في يده يكون كما لو أذن لغير المأذون وأطلق، فإنه يؤدي الضمان من كسبه وهو محتمل.

قال: **(وَإِلَّا)** أي: وإن اقتصر الإذن في الضمان ولم يعين الأداء طريقًا، **(فَالْأَصَحُّ أَنَّهُ إِنْ كَانَ مَأْذُونًا لَهُ فِي التِّجَارَةِ تَعَلَّقَ بِمَا فِي يَدِهِ)** أي: للتجارة وربح ورأس مال **(وَمَا يَكْسِبُهُ بَعْدَ الإِذْنِ)** أي: سواء كان الكسب نادرًا أو معتادًا **(وَإِلَّا)** أي: وإن لم يكن مأذونًا له في التجارة **(فَبِمَا يَكْسِبُهُ)** أي: بعد الإذن، وحاصل ما في غير المأذون له في التجارة ثلاثة أوجه: أصحها: ما ذكروه كما

....

لو أذن له في النكاح.

وثانيها: تتعلق بذمته إلى أن يعتق؛ لأنه إنما أذن في التزام دون الأداء.

وثالثها: أنه يتعلق برقبته وزيف.

وأما المأذون له في التجارة قال الرَّافِعِي: ففيه وجهان رتبهما الإمام علي الوجهين في غيره، وأولى بألا يحال على الذمة لإشعار كظاهر الحال بخلافه، وعلى هذا فيتعلق بما يكسبه من انعدام به وبما في يده من الربح الحاصل أو بهما، وبرأس المال أيضًا وجوه أشبهها الثالث، أي: المصحح في الكتاب، ثم قال: وحيث قلنا: يؤدي مما في يده فلو كان عليه ديون ثم ساق ما قدمناه من الأوجه فيما إذا عيَّن الأداء جهة في هذه الحالة.

فائدة: قول ابن الرِّفْعَة: إذا قلنا: يتعلق بمال التجارة فهل يتعلق بما يكسبه بعد الضمان أو به، وبما في يده من الربح أو بهما؟ ورأس المال منتقل؛ لأن من بعده يكسبه فقط لا تعلقه بمال التجارة، فكيف يفرعه عليه؟ وقوله: «بعد الضمان» مخالف لقول الرَّافِعِي وغيره: بعد الإذن فقد يتراخى الضمان عن الإذن، وما قاله آخرًا محتمل، ومن حجر الحاكم.

إشارة: لم أر للأصحاب كلامًا في اشتراط علم السيد بمقدار المال الذي أذن لعبده في ضمانه، وهو محتمل جدًّا في المأذون وغيره، حيث نقول: يتعلق بما في يده وكسبه ويشبه اشتراطه.

فرع: قال في «البيان»: إذا أذن له السيد بالضمان في المال الذي بيده، فقال العبد: ضمنت لك حقك على فلان حتى أؤدي من المال الذي في يدي صح الضمان ولزمه أن يؤدي من المال الذي في يده للتجارة، ولو قال الحر: ضمنت لك دينك على فلان في هذا المال لم يصح الضمان، والفرق أن العبد ضمن الحق في ذمته، وإنما علق الأداء في مال بعينه، والحر لم يضمن الحق في ذمته، وإنَّما ضمنه في المال بعينه فوزانه أن يقول الحر: ضمنت لك دينك على فلان وأزنه من هذا المال، فيصح الضمان، انتهى.

وَالْأَصَحُّ اشْتِرَاطُ مَعْرِفَةِ الْمَضْمُونِ لَهُ، وَأَنَّهُ لَا يُشْتَرَطُ قَبُولُهُ وَرِضَاهُ، وَلَا يُشْتَرَطُ رِضَا الْمَضْمُونِ عَنْهُ قَطْعًا، ....

قال: **(وَالْأَصَحُّ اشْتِرَاطُ مَعْرِفَةِ الْمَضْمُونِ لَهُ)** لتفاوت الناس في الاقتضاء والاستيفاء تشديدًا وتسهيلًا، والأغراض تختلف بذلك، فالضمان مع العمالة غرر وضرر من غير ضرورة فأشبه معرفة قدر الدين.

والثاني: لا يشترط إذ لم يقع التعرض له عنه والبحث في ضمان الإمام علي وأبي قتادة -رضي الله عنهما- فعلى الأول: قال ابن الرِّفْعَة في «مطلبه»: ينبغي التفطن لدقيقة دل عليها كلام الْمَاوَرْدِي، وهي أن المراد بالمعرفة إنَّما هي المعرفة بالعين لا بالنسب، ورتبوا الوجهين على الوجهين في معرفة المضمون عنه، وأولى باشتراطه، ومنهم من عكس الترتيب.

قال: (وَأَنَّهُ لَا يُشْتَرَطُ قَبُولُهُ وَرِضَاهُ) أي: ولا رضاه لحديث أبي قتادة رضي الله عنه السابق والذي رواه البخاري.

والثاني: يشترط رضاه دون قبوله باللفظ، والثالث: يشترط قبوله في الحال كالرهن. وقال في «البحر»: ومن أصحابنا من قال: إن خاطب المضمون له بالضمان، فهو موقوف على قبوله بلا خلاف.

وفي «البيان»: قال المحاملي: إذا قلنا: باشتراط معرفته افتقر إلى قبوله، فإن قبل لزم الضمان، وإن رد بطل، وإن رجع الضامن من قبل قبول المضمون له وصح رجوعه، انتهى.

قال: (وَلَا يُشْتَرَطُ رِضَا الْمَضْمُونِ عَنْهُ قَطْعًا) لضمان أبي قتادة الميت؛ ولأنه يجوز أداء دين غيره بغير إذنه، فالتزامه أولى، وأما قطعه بذلك؛ فلدعوى الإمام الاتفاق فيه، وتابعاه في كتبهما على نقل الاتفاق فيه، وعن القاضي الحسين هل من وجه دون وجه؟ ونقل ابن الرِّفْعَة في «مطلبه» القول به عن الخوارزمي، ورده شارح بضمان أبي قتادة رضي الله عنه عن الميت، فإنه صحيح بالاتفاق وفيه نظر إذ على الحي منه سبق عليه بخلاف الميت، وأيضًا، فإن رضي المولى أو الإمام يقوم مقام رضاه، فافترقا.

وَلَا مَعْرِفَتُهُ فِي الْأَصَحِّ. وَيُشْتَرَطُ فِي الْمَضْمُونِ كَوْنُهُ ثَابِتًا.

وَصَحَّحَ الْقَدِيمُ ضَمَانَ مَا سَيَجِبُ، ....

قال: (وَلَا مَعْرِفَتُهُ فِي الْأَصَحِّ) كما لا يشترط رضاه إذ ليس ثَمَّ معاملة، والثاني: يشترط، وصححه الْغَزَالِي في «الخلاصة» تبعًا للشيخ أبي محمد في «مختصره» وهو ظاهر النص لتعرف حاله، وهل يستحق اصطناع المعروف؟

ورد بأن يعمم المعروف إلى الأهل وغير الأهل معروف، ولا فرق بين كون المضمون عنه حرًّا أو عبدًا موسرًا أو معسرًا.

قال: **(وَيُشْتَرَطُ فِي الْمَضْمُونِ كَوْنُهُ ثَابِتًا)** أي: حالة العقد؛ لأن الضمان وثيقة بالحق فلا يسبقه كالشهادة، قال الشيخ أبو علي والشافعي ما يدل على اشتراط معرفة المضمون عنه والمضمون له، انتهى. والمذهب الأول والنص مؤوّل.

إشارة: اعتبر ثلاثة أمور: أن يكون ثابتًا لازمًا معلومًا.

قيل: وأهملا شرط آخر وهو أن يكون قابلًا لأن يتبرع به الإنسان عن غيره ليخرج القود، وحد القذف، والأخذ بالشفعة، وعبارة الْغَزَالِي: شرطه أن يكون حقًّا ثابتًا لازمًا معلومًا، والحق يشمل الأعيان والمنافع الثابتة في الذمة والدين والعين، كما سنوضحه بعد في فروعٍ إن شاء الله تعالى.

قال: (وَصَحَّحَ الْقَدِيمُ ضَمَانَ مَا سَيَجِبُ) أو قد تمس الحاجة إليه، وقيل: لا يصح قولًا واحدًا، وعبارة «المحرر»: أن يكون فلا يصح ضمان ما يجب بعد بيع أو قرض على «الجديد»، وفي ضمان نفقة الغد والشهر والمستقبل للمرأة قولان، بناءً على أنها تجب بالعقد أو التمكين، إن قلنا بالثاني لم يصح، وهو الأصح، انتهى.

وحذف من «المنهاج» هذا التفريع اكتفاءً بما أصله نعم هنا شيء، وهو أنه إنما قيد بالغد والشهر والمستقبل؛ لأنه أشار في «الشرح» وتبعه في «الروضة» إلى أنَّا إذا جوزنا ضمان المستقبل، فله شرطان: أحدهما: أن يقدر مدةً، فإن أطلق لم يصح فيما بعد الغد، وفي الغد وجهان كأجرتك كل شهر بدرهم، وهذا أخذه الرَّافِعِي من «التتمة» وكلامهما يقتضي الفساد في المستقبل على

وَالْمَذْهَبُ صِحَّةُ ضَمَانِ الدَّرَكِ بَعْدَ قَبْضِ الثَّمَنِ ....

القولين، وهو الحق ولا يجوز ضمان نفقة القريب لمدة مستقبلة، وفي نفقة يومه وجهان أرسلاهما، والأرجح المنع؛ لأن سبيلهما سبيل البر والصلة.

فرع: على «الجديد» قال: أقرض فلانًا كذا وعلى ضمانه فأقرضه، لم يجز، وجوزه ابن سُرَيْج؛ لأنه ضمان معروف بالقرض ووافقه غيره، وسبق عن الْمَاوَرْدِي شيء من هذا مع تصحيحه هنا خلاف قول ابن سُرَيْج، وأغرب ابن جرير فنقل إجماع والحجة أنه لو قال: أعط فلانًا ألفًا وأنا ضامن جميع ذلك، أو بع منه متاعًا بألف وأنا ضامن ذلك ففعل وسلم لزم الأمر الضمان، ونقل الإجماع على عدم اللزوم إذا كان مجهولًا، وكأنه أراد بالأول ما في «البيان» أنه لو قال: ضمنت لك ما تعطي وكيلي، أو ما يأخذه منك، فإنه يلزمه لا من جهة الضمان؛ ولكن من جهة التوكيل؛ لأن يد الوكيل يد الموكل، انتهى.

وفيه إشكال من جهة أنه لم يعين قدرًا فهو إذن في دفع مجهول وتوكيل في مجهول، وصرح غيره بذكر المقدار، وبعضهم يقول: ضمنت لك ما يعطي وكيلي من درهم إلى ألف، وهذا قريب.

قال: (وَالْمَذْهَبُ صِحَّةُ ضَمَانِ الدَّرَكِ)[1] للحاجة إليه في معاملة الغريب فكل من يوثق تحمله له وحقوق الفوات لو ظهر استحقاق، والخلاف طريقان: أصحهما أن المسألة على قولين أصحهما ما ذكره، والثاني: المنع؛ لأنه ضمان ما لم يجب وضمان مجهول، أو قد يستحق البعض فقط، والثانية: القطع بالصحة، وظاهر كلام «الكتاب» ترجيحها.

قال: (بَعْدَ قَبْضِ الثَّمَنِ) أي: على الأصح فلا يصح قبله؛ لأنه إنما يضمن ما دخل في ضمان البائع، وقيل: لا يشترط ذلك إذ قد تدعو الحاجة إلى ألا يسلما الثمن إلا بعده، وادَّعى الإمام الْغَزَالِي أنه المذهب، وصححه الجرجاني وابن أبي عصرون، وعلى الوجهين لا بدَّ من العلم بقدر الثمن.

وقال الْبَنْدَنِيجِي: إذا قبض الثمن وهو باقٍ فضمانه كضمان الأعيان، وهذا

(١) الدَّرَك: هو التَّبِعَة. وقال الْمُتَوَلِّي: سُمِّي دركًا لالتزامه الغرامة عند إدراكه المستحق عين ماله.

وَهُوَ أَنْ يَضْمَنَ لِلْمُشْتَرِي الثَّمَنَ إِنْ خَرَجَ الْمَبِيعُ مُسْتَحَقًّا أَو مَعِيبًا أَو نَاقِصًا لِنَقْصِ الصَّنْجَةِ.

يؤول إلى إنكار ضمان الدرك.

فرع: في «فتاوي» الْبَغَوِي: أثبت دينًا على غائب، فأمر الحاكم ببيع داره من المدعي بدينه، وضمن له البائع أو غيره الدرك إن خرجت مستحقة لعدم القبض، وعلى قياسه لو باعها صاحبها بالدين الذي عليه وضمن الدرك لا يصح، وحاصله أنه لا يصح ضمان الدرك في الاعتياض عن الدين.

فرع: أفتى ابن الصلاح أنه: لو أجر المديون وقفًا عليه بدينه وضمن ضامن الدرك ثم بان بطلان الإجارة لمخالفتها شرط الواقف، إنه لا يلزم الضامن شيء؛ لأنه لم يثبت على المستأجر شيء من الأجرة لبقاء الدين الذي هو أجره بحاله، وهذا صحيح، وأرسلا في صحة ضمان الدرك في الإجارة وجهين في أواخر الإجارة، وعبر ابن الرِّفْعَة عن هذا بأنه يصح، خلافًا لابن سُرَيْج.

قال: **(وَهُوَ)** يعني: ضمان الدرك.

(أَنْ يَضْمَنَ لِلْمُشْتَرِي الثَّمَنَ إِنْ خَرَجَ الْمَبِيعُ مُسْتَحَقًّا) وصيغته المطلقة أن يقول قائل للمشتري: ضمنت لك دركه أو عهدته أو خلاصك منه، ولو قال: ضمنت لك خلاص المبيع لم يصح، ولو ضمن عهدة الثمن، وخلاص المبيع معًا لم يصح ضمان الخلاص، وفي العهدة قولا تفريق الصفقة هكذا أطلقاه، وقال القاضي أبو الطيب: هو فيما بعد انقضاء الخيار فإن كان في زمن الخيار فالضمان باطل في العهدة أيضًا.

قال: (أَوْ مَعِيبًا) أي: ضمن درك الثمن إذ خرج المبيع معيبًا، ورده المشتري للحاجة إليه كالاستحقاق، وادعى المحاملي والعمراني الوفاق فيه، وقيل: لا يصح؛ لأن وجود الرد سبب حادث، وهو الفسخ فهو ضامن ما لم يجب، وادعى الْمُتَوَلِّي والروياني أنه المذهب، وصححه الْمَاوَرْدِي وأفتى به الْبَغَوِي، وهو الجواب في «التهذيب» و«الكافي».

قال: (أَوْ نَاقِصًا لِنَقْصِ الصَّنْجَةِ) نقصها يتصور في البيع بأن باع شيئًا على

....

أن ورثه كذا وفي ضمانها للبائع إن خرجت صحة الثمن ناقصة، ولهذا أطلق «المحرر» و«التهذيب» ضمان نقص الصحة من غير تقييد ببائع ولا مشترٍ، واقتصر «المنهاج» على ضمانه للمشتري فأخل في الاختصار، وفي بعض نسخ «المنهاج»: «لنقص الصنجة» بالكاف لا باللام، وعليها يحمل قوله: **(أَوْ نَاقِصًا)** على نقصان المبيع عما شرطه كما ذكره في «الوجيز» ويبقى قوله: كنقص الصنجة مشبهًا به على إطلاقه في الجانبين؛ ولكن ضمان نقص المبيع يختلف الشرط الضمان عينه فيكون على الوجهين، وأصحهما الصحة.

تنبيهات: إذا قال: ضمنت لك الثمن متى خرج المبيع مستحقًّا لم يطالب بجهة أخرى، وكذا لو عيَّن جهةً غير الاستحقاق لم يطالب بغيرها عينه، ولو ضمن للعهدة إن خرج معيبًا ورده أو بان فساد البيع بغير استحقاق لفوات شروط معتبرة أو اقتراب شرط مفسد فالأصح الصحة للحاجة إليه.

قال في «أصل الروضة»: والثاني: لا؛ لاستغناء عنه بإمكان حبس المبيع حتى يسترد الثمن، انتهى.

وسبق منه أن المقبوض ببيع فاسد لا يجوز حبسه لاسترداد الثمن على المذهب فاعلم.

وفي «البيان»: قال المسعودي: لو اشترى شيئًا وسلم ثمنه وضمن رجل للبائع نقصان الوزن، أو رداءة الثمن فخرج الثمن ناقصًا أو رديئًا أو معيبًا فله أن يطالب الضامن بما نقص من الثمن، وله رد الرديء والمعيب على المشتري، ويطالب الضامن بالثمن، هكذا قاله.

قلت: والذي يقتضي المذهب أنه لا يطالبه ببدل الثمن إلا إذا كان الثمن في ذمته ثم عينه وضمن ضامن له رداءة المعين، أما لو كان الثمن معيبًا فوجده رديئًا أو معيبًا فرده لم يطالبه ببدله؛ بل يطالبه بالمبيع، انتهى.

قال الرَّافِعِي: فإن صححنا إذا ضمن ذلك صريحًا ففي اندراجه يجب مطلق ضمان العهدة وجهان إذ في «شرحه الصغير» أقربهما المنع؛ لأن السابق إلى ألف

....

هم من ضمان العهدة الرجوع بسبب الاستحقاق، أي: فيقصر الإطلاق عليه، هكذا عبر الإمام والغزالي عن هذا الخلاف، وعن ابن الصباغ وشيخه القاضي أبي الطيب والمتولي عنه بأنه لو ضمن العهدة وأطلق، ثم بان فساد البيع بشرط أو غيره فهل يطالب الضامن بالاستحقاق؟ وجهان، ولو خرج معيبًا فردّه المشتري فوجهان، وأولى لمنع المطالبة، ونسب القاضي المنع إلى الـمُزَنِيّ والأكثرين.

قال: لأنه إنما ضمن الاستحقاق ولم يستحق المبيع، وفي «الروضة»: إن صح في الوجهين الأولين أنه لا يطالب لترجيح «الشرح الصغير»؛ لكن حكاية المسألة بعبارتين يوهم كما ظنه ظانّ عصري أنهما مسألتان، وليس كذلك، وما رجحاه هو قضية كلام «الشامل» وغيره إذا اختلف الدافع والقابض في النقص صدق القابض بيمينه، فإذا حلف طالب الدافع دون الضامن في الأصح، والفرق يحقق بذاته واشتغال ذمة المشتري.

فرع: قالا: اشترى أرضًا وبنى فيها أو غرس ثم خرجت مستحقة فقلع فعلى البائع أرش النقص، وهو ما بين قيمته قائمًا ومقلوعًا على الأصح المنصوص، فدل هذا لو ضمنه ضامن نظر فإن كان قبل ظهور الاستحقاق أو بعده وقبل القلع لم يصح؛ لأنه مجهول، وضمان ما لم يجب، وإن كان بعدها صح إن كان قدره معلومًا، ولو ضمن رجل عهدة الأرض وأرش نقص البناء والغراس في عقدٍ واحد لم يصح في الأرش، وفي العهدة قولا الصفقة، انتهى.

ورأيت في «فروع ابن الْقَطَّان»: إذا عقد البيع وكتب في شرطه: وأن على البائع إن استحق المبيع غرم ما يحدثه المشتري من غراس وبناء فلا يختلف القول إن هذا الشرط فاسد؛ لأنه ضمان مجهول، وإن كان أول عقد أو سلمًا من هذا الشرط كان البيع صحيحًا والشرط باطل، والحيلة لمن أراد أن يذكر هذا الشرط كما يذكره الناس أن يقول في الصك: ثم بعد تمام هذا العقد وتفرقهما عن تراضٍ ضمن فلان بن فلان لفلان بن فلان -إن خرج هذا المبيع مستحقًّا- أرش ما يحدثه من غراس أو بناء، هذا لفظه، فإن أراد ففلان الضامن لذلك البائع، فلا معنى له، وإن أراد غيره ففيه نظر، اللهم إلا أن يكون ثمَّ حاكم يصحح ذلك ويراه.

وَكَوْنُهُ لَازِمًا، لَا كَنُجُومِ كِتَابَةٍ. وَيَصِحُّ ضَمَانُهُ الثَّمَنَ فِي مُدَّةِ الْخِيَارِ فِي الْأَصَحِّ.

قال: (وَكَوْنُهُ لَازِمًا) أي: ويشترط مع ثبوت الدين كما سبق كونه لازمًا، وهو ما يلزم أداؤه عند طلب مستحقه، ثم إن كان لزومه مستقرًّا كقرض وصداق بعد دخول، وعوض خلع وقيمة متلف وأرش هو بصك وثمن مبيع لم يقبض، ولزم العقد صح ضمانه بلا خلاف، وإن كان غير مستقر فهو كقبل دخول وثمن مبيع لم يقبض ومسلم فيه وأجرة قبل استيفاء المنفعة للحاجة فيه إلى التوثيق كالمستقر، ولا غيره باحتمال سقوطه كما لا عبرة بسقوط المستقر بإبراء أو ورث أو فسخ بعيب ونحوها، هذا ما جزما به وغيرهما، وحكى الْمَاوَرْدِي طريقةً أن ضمان الأجرة والثمن على الخلاف الذي في ضمان الثمن في مدة الخيار، وقياسه أن يطرد في كل لازم غير مستقر، والمشهور الأول.

قال: **(لَا كَنُجُومِ كِتَابَةٍ)** لعدم لزومها كالرهن بها.

وقيل: يصح، وخرج من ضمان ما لم يجب، وجرى بسبب وجوبه.

وقيل: ما يأتي في ضمان الجعل، ويصح ضمان ما على المكاتب من دين لغير سيده، لا بد من أخذ لسيده على الأصح.

قال: **(وَيَصِحُّ ضَمَانُهُ الثَّمَنَ فِي مُدَّةِ الْخِيَارِ فِي الْأَصَحِّ)** لأنه يؤول إلى اللزوم، فألحقوه باللازم، وعجب قول الإمام: فلم أجد للأصحاب غيره، وقول «البسيط»: أطبق عليه الأصحاب، وإن كان فيه احتمال لا سيما على القول أن الملك لا ينتقل، انتهى.

والخلاف مشهور في «تعليق» القاضي الحسين و«التتمة» وكتب العراقيين، وحكاه القاضي أبو الطيب والروياني وخلائق طريقين أصحهما: الصحة وجهًا واحدًا، والثانية: على وجهين كأنه لا يصح لعدم لزومه في الحال، وأشار الإمام إلى أن تصحيح الضمان مبني على أن الخيار لا يمنع نقل الملك إلى البائع، فإن منع فهو ضمان ما لم يجب، وقال: مثله في الرهن.

وقال الْمُتَوَلِّي: إن الخلاف مفروض فيما إذا كان الخيار للمشتري أو لهما، فإن كان للبائع وحده يصح ضمانه بلا خلاف للزومه في حق من عليه،

وَضَمَانُ الْجُعْلِ كَالرَّهْنِ بِهِ.

وقاله الرَّافِعِي في «الشرح الصغير» من غير نسبة، وليس كذلك لما سبق عن راوية الْمَاوَرْدِي، وقول الجرجاني في «الشافي»: وفي ضمان الدين اللازم الذي ليس بمستقر كالأجرة قبل انقضاء الإجارة، والمهر قبل الدخول، وجهان أصحها الصحة، فالاتفاق إنما هو في اللازم المستقر، ولا شك أنه إذا جرى الخلاف في اللازم من الطرفين جرى في اللازم من طرق بطريق الأولى.

قال قائل: ويجب أن يقال: إذا كان الخيار للبائع وحده ففي ضمان الثمن ثلاث طرق:

أحدها: لا يصح بناء على أن الملك لم ينتقل، فإن الأصح أن الملك في المبيع في هذه الصورة للبائع، والملك في الثمن للمشتري فكيف يضمن؟

والثانية: يصح ضمانه قطعًا بناء على أن الملك انتقل، وأن المعتبر في الضمان اللزوم إلا الاستقرار.

والثالث: على وجهين من الخلاف في الاستقرار هل يعتبر أم لا؟ والرافعي جزم بصحة ضمان المهر قبل الدخول، والثمن قبل قبض المبيع، فلم يعتبر الاستقرار؛ ولكنه يقول: إذا كان الخيار للبائع فملك المبيع له فيليق به أن يقول: الأصح عدم ضمان ثمنه على ما أشار إليه الإمام، وما قاله: الْمُتَوَلِّي ما اختاره الرَّافِعِي من أقوال الملك مساعد لما قاله: الإمام أصح، انتهى.

وهذا صحيح؛ لكن الرَّافِعِي في «شرحه الصغير» جرى على كلام الْمُتَوَلِّي وأعرض عن كلام الإمام وظاهر كلام «شرحه الكبير» يقتضي موافقة الْمُتَوَلِّي أيضًا، وأن الإمام أبدى ذلك كما أشار إليه في «البسيط» فالاضطراب في كلام الشيخين و«الروضة» ظاهر.

قال: **(وَضَمَانُ الْجُعْلِ كَالرَّهْنِ بِهِ)** أي: فلا يصح الضمان قبل الشروع في العمل، وقبل الفراغ منه وعلى الأصح هذا حاصل كلامهما هنا، ورجح الرُّويَانِي الصحة، وقال الدارمي: إن كان الضمان بعد الأخذ في العمل صح، وإلا فعلى الوجهين والظاهر أنه خلط التفريع على «الجديد» بالتفريع عن

وَكَوْنُهُ مَعْلُومًا فِي الْجَدِيدِ. وَالْإِبْرَاءُ مِن الْمَجْهُولِ بَاطِلٌ فِي الْجَدِيدِ ....

«القديم»، وعلى ذلك ذكر الإمام وغيره الخلاف فيما قبل الشروع في العمل.

تنبيه: قال شارح: أما لفظه وضمان الجعل في الجديد كالرهن به وقد تقدم، والأصح أنه يصح بعد الشروع في العمل لا قبله.

قال: وإنما قال المصنف في «الجديد»؛ لأن في «القديم» يصح ضمان ما لم يجب ولا جرى بسبب وجوبه، فهذا أوْلى وضمان مال المسابقة إن جعلناها كالإجارة صح وإلا فكالجعل، انتهى لفظه. ونقله قوله: في «الجديد» عن لفظ المصنف لا يعرف في نسخ «المنهاج» وترجيحه الصحة بعد الشروع وقبل الفراغ خلاف ما سبق، وخلاف ترجيح الشيخين، والله أعلم.

قال: (**وَكَوْنُهُ مَعْلُومًا فِي الْجَدِيدِ**) هذا هو الشرط الثالث في ضمان الدين، ووجهه أنه إثبات مال في الذمة لآدمي بعقد لازم، فلم يصح مع الجهالة كالثمن، والقديم صحته لتيسر معرفته، ومحل الخلاف إذا قال: ضمنت ثمن ما بعت من فلان وهو جاهل به، ومثل في «البسيط» موضع القولين بما لفظه: ضمنت ألف درهم من ثمن هذا المبيع إذا بعته، قال: وهو باطل على «الجديد» وبه الفتوى، انتهى.

في «الحاوي» لو قال: ضمنت ما تداين به فلان فوجهان، أصحهما لا يصح، وأما إذا قال: ضمنت لك شيئًا مما لك على فلان فهو باطل على القولين، وكذلك مثل «المحرر» بما قدمناه، وفيه رمز إلى موضع الخلاف ومحل الاتفاق في «الجديد» على البطلان إذا جهل الجنس والقدر والصفة، فإن علم الجنس والنوع وجهل القدر، ففي تعليق القاضي الحسين وجه ضعيف، أنه يصح وعبارة تحرير «الجرجاني» أن يكون معلومًا بالتسمية أو بتحديد الطرفين، بأن يضمن من واحد إلى عشرة يشير إلى ما سبق.

قال: (**وَالْإِبْرَاءُ مِن الْمَجْهُولِ بَاطِلٌ فِي الْجَدِيدِ**)؛ لأن البراءة متوقفة على رضا صاحب الحق، ولا تعقل مع الجهالة وأجازه في «القديم»؛ لأنه إسقاط محض كالإعتاق.

إِلَّا مِنْ إِبِلِ الدِّيَةِ، وَيَصِحُّ ضَمَانُهَا فِي الْأَصَحِّ.

وَلَوْ قَالَ: ضَمِنْت مَا لَك عَلَى زَيْدٍ مِنْ دِرْهَمٍ إِلَى عَشَرَةٍ فَالْأَصَحُّ صِحَّتُهُ، ....

قال: (**إِلَّا مِنْ إِبِلِ الدِّيَةِ**) أي: فيصح الإبراء منها على القولين مع جهالة الصفة واللون؛ لأنها أثبتت في ذمة من تلزمه مع اغتفار هذه الجهالة، فكذلك هنا، ولو جعلت هذه الجهالة مانعة لم يصح الإبراء عنها بالكلية، وغيرها يمكن معرفته بالبحث عنه.

قال: (**وَيَصِحُّ ضَمَانُهَا فِي الْأَصَحِّ**) أي: كالإبراء منها؛ لأنها معلومة السن والعدد والمرجع في صفتها إلى غالب إبل البلد.

والثاني: المنع لجهالة صفتها ولونها، وليس كالإبراء؛ لأنه مأمور به فسمح فيه بخلاف الضمان، وحكى جماعة الخلاف قولين، وبالجواز أجاب جمهور المراوزة إلا القاضي، فإنه نقل الخلاف فيه.

فرع: إذ صححنا واقتضى الحال الرجوع فهل يرجع بالمثل صور أو بالقيمة؟ قال الإمام: لا يمتنع أن يجري فيه الخلاف السابق في إقراض الحيوان أروش الجنايات إذا كانت نقدًا أو عفي عن غيرها إن كان فيه ذلك صح الضمان قطعًا إذا عرف المقدار لا يجوز ضمان الدية على العاقلة قبل تمام السنة لعدم ثبوتها.

قال: (**وَلَوْ قَالَ: ضَمِنْت مَا لَك عَلَى زَيْدٍ مِنْ دِرْهَمٍ إِلَى عَشَرَةٍ فَالْأَصَحُّ صِحَّتُهُ**) لانتفاء الضرر بذكر الغاية، وقضية كلام «التحرير» السابق الجزم به في كتاب «الْبُوَيْطِي» ما يدل عليه.

والثاني: المنع؛ لجهالة المقدار لتردده ما بين الغائبين وهو أقيس عند الْغَزَالِي، وصححه الْبَغَوِي والروياني وعزاه إلي العراقيين.

إشارة: اضطرب كلام الرَّافِعِي في حقيقة هذا الخلاف، فقال في «شرحه الكبير»: فيه قولان على ما رواه الْغَزَالِي والصيدلاني، ووجهان على ما رواه الإمام وآخرون، وقال في «التهذيب»: قوله على أشهر القولين هما وجهان، وكذلك قال في «الروضة»: وجهان، وقيل: قولان، ووقع في «الشرح الصغير»

وَأَنَّهُ يَكُونُ ضَامِنًا لِعَشَرَةٍ. قُلْتُ: الْأَصَحُّ لِتِسْعَةٍ، وَاَللهُ أَعْلَمُ].

فيه قولان، ويقال: وجهان.

قال: (وَأَنَّهُ يَكُونُ ضَامِنًا لِعَشَرَةٍ) أي: إذا كانت عليه أو أزيد منها إدخالًا للطرفين في الالتزام.

قال: **(قُلْتُ: الْأَصَحُّ لِتِسْعَةٍ، وَاَللهُ أَعْلَمُ)** إدخالًا للطرف الأول فقط؛ لأنه مبدأ الالتزام، وفي وجه ثالث: يكون ضامنًا لثمانية إخراجًا للطرفين، وعدم التعين، قال في «البحر» في باب الإقرار: حكاه الزجاجي عن حكاية الساجي عن الشَّافِعِي رضي الله عنه.

قلت: وقد قال السَّاجي في أول كتابه: إن ما يحكيه عن الشَّافِعِي فمن سماعه عن الربيع، فإذن هو المذهب المنصوص إلا إن ثبت عنه نص آخر بخلافه، وسنعيد المسألة في الإقرار مع نظائر لها إن شاء الله تعالى.

تنبيهات وفروع مهمة تتعلق بالإبراء:

منها: اضطراب كلام «الروضة» في الإبراء من المجهول في أنه تمليك أو إسقاط، فقال: هنا فيه رأيان إن قلنا: إسقاط صح وإلا فلا، وهو الأظهر، وقال في كتاب «الوكالة»: إنه لا يشترط في الإبراء علم من عليه الحق على الصحيح، والخلاف مبني على ما سبق من أن الإبراء إسقاط أو تمليك، إن قلنا: إنه تمليك اشترط علمه كالمتهب وإلا فلا، وقال في كتاب «الرجعة»: المختار أنه لا يطلق ترجيح واحد من القولين، وإنما يختلف الراجح بحسب المسائل لظهور دليل في أحد الطرفين، انتهى.

واعلم أن الرَّافِعِي وغيره [ذكروا للخلاف في الإبراء مأخذين: أحدهما: الخلاف في صحة شرط البراءة عن العيوب فإن العيوب مجهولة الأنواع والأقدار، والثاني: أن الإبراء هل هو إسقاط كالإعتاق أم تمليك المديون ما في ذمته ثم إذا ملكه سقط؟ وفيه رأيان، إن قلنا: إسقاط صح الإبراء عن المجهول، وإلا فلا وهو الأظهر] وقد أوضحت ذلك في «الغنية».

ومنها: هل يفتقر الإبراء إلى القبول؟ قال الرَّافِعِي: إن جعلناه إسقاطًا

....

فلا، وإلا فعن ابن سُرَيْج: أنه لا بد من القبول، وظاهر المذهب أنه لا حاجة إليه؛ لأنه وإن كان تمليكًا فالمقصود منه الإسقاط، وقد نص عليه الشَّافِعِي في «الأيمان»، انتهى.

ومنه لو قلنا: الإبراء إسقاط.

ومنها: له دين على اثنين، فقال: أبرأت أحدكما، فإن قلنا: الإبراء إسقاط صح واحد بالبيان، أو تمليك فلا، قيل: والأشبه هنا البطلان؛ لأن الإيهام كالجهالة.

ومنها: أبرأ من دين أبيه جاهلًا بموته، فإن قلنا: إسقاط صح، أو تمليك فعكسه مال أبيه ظانًا حياته فبان ميتًا.

ومنها: له دين على من لا يعرفه فأبرأه جاهلًا به، إن قلنا: إسقاط صح، أو تمليك فلا، وقيل: وجه الصحة هنا ظاهر؛ لأنه لا غرض له في معرفة عين مديونه.

ومنها: لو قال: أبرئك من درهم إلى ألف، فوجهان، نص في «الْبُوَيْطِي» على الصحة حيث قال: لا يصح الإبراء حتى نتبين، فَإِنْ لَمْ يَعْرِفْ قَدْرَهُ حَلَّلَهُ مِنْ كَذَا إِلَى كَذَا.

وقال الْمُتَوَلِّي: الصحيح أنه لا يصح، والمذهب، وبه جزم الديبلي، وغيره لم يعرف.

قال: لو قال: أبرئك من الدين شهرًا، قال الْمُتَوَلِّي: إن قلنا: إسقاط صح، أو تمليك فهل يبطل أو يصح، ويسقط بالكلية وجهان.

ومنها: سُئل الحناطي عمن قال: أحللتك من مالي، أو أبرأتك من ديني في الدنيا دون الآخرة، فقال: يقع الإبراء في الدارين كالسابق في حكم الدنيا لإبقاء له في الأحكام الآخرة، ولا يرد الإبراء تعليق الشرط؛ لأن السقوط في بيع للسقوط في [. . . . .][1] وفي النفس منه شيء.

---

(١) بياض بالأصل، وهو غير واضح. وفي «نهاية المحتاج» (٢١/ ٢٧٧): وَلَوْ أَبْرَأَهُ فِي الدُّنْيَا دُونَ =

فَصْلٌ الْمَذْهَبُ صِحَّةُ كَفَالَةِ الْبَدَنِ

فقال المصنف: [**فَصْلٌ**: الْمَذْهَبُ صِحَّةُ كَفَالَةِ الْبَدَنِ، ....

ومنها: [قارضتك على] ديني على فلان [فاقبضه، واتجر فيه]، أو قال: [قارضتك عليه لتقبض وتتصرف]: إن الصيغة الأولى كناية بخلاف الثانية، قال: ولو قال: هو حلٌّ من ديني، فهل صريح أو كناية؟ وجهان.

قلت: والصحيح الأول، وعن صاحب «البحر» أن لفظ الترك صريح في الإبراء سواء قاله بالعربية أو بالفارسية.

ومنها: إذا منعنا الإبراء من المجهول، فقال: أبرأتك من الدراهم التي لي عليك، ولا يعرف قدرها إلا أنه يعرف أنها أكثر من ثلاثة ففي براءته من الثلاثة وجهان من تفريق الصفقة، وظاهر كلام «الروضة»، أن الأصح المنع وفيه نظر، وقضية كلامه في التفويض في الصداق أن الأصح الصحة، فإنه أبطل الإبراء في عين المتيقن، وجعل المتيقن على وجهين من تفريق الصفقة، وهما هنا كذلك فلا فرق بين الموضعين.

قال: (**فَصْلٌ: الْمَذْهَبُ صِحَّةُ كَفَالَةِ الْبَدَنِ**) للحاجة إليها كما في المال وبه قال: مالك وأبو حنيفة وأحمد، وعبارة «الروضة»: يصح على المشهور، وقيل: قطعًا، ووجه المنع القياس على الكفالة ببدن الشاهد والزوجة ولأنه لا يقدر على تسليمه، وصححه الجرجاني في «تحريره» وكلام القاضي الحسين في كتاب «الأسرار» يقتضي ترجيحه، وإن الْقَفَّال صححه وما ذكرناه من المنع في الكفالة ببدن الزوجة تبعنا فيه جماعة من العراقيين وغيرهم، والذي أورده الرَّافِعِي أنها تصح بتلك امرأة تدعي رجلًا زوجها، وكذلك الكفالة بها لمن تثبت زوجيته.

قال في «التتمة»: والظاهر أن حكم هذه الكفالة حكم الكفالة ببدن من ادعي عليه القصاص؛ لأن المستحق عليها لا يقبل النيابة، انتهى.

= الْآخِرَةِ بَرِئَ فِيهِمَا، لِأَنَّ أَحْكَامَ الْآخِرَةِ مَبْنِيَّةٌ عَلَى الدُّنْيَا، وَيُؤْخَذُ مِنْهُ أَنَّ مِثْلَهُ عَكْسُهُ إِلَّا أَنْ يُقَالَ إِنَّهُ إِبْرَاءٌ مُعَلَّقٌ لَكِن مَرَّ صِحَّةُ تَعْلِيقِهِ بِالْمَوْتِ فَيُمْكِنُ أَنْ يُقَالَ هَذَا مِثْلُهُ. وَلَوْ قَالَ أَبْرَأْتُك مِمَّا لِي عَلَيْك، وَلَهُ عَلَيْهِ دَيْنٌ أَصْلِيٌّ وَدَيْنُ ضَمَانٍ، بَرِئَ مِنْهُمَا.

فَإِنْ كَفَلَ بَدَنَ مَنْ عَلَيْهِ مَالٌ لَمْ يُشْتَرَطْ الْعِلْمُ بِقَدْرِهِ، وَيُشْتَرَطُ كَوْنُهُ مِمَّا يَصِحُّ ضَمَانُهُ، وَالْمَذْهَبُ صِحَّتُهَا بِبَدَنِ مَنْ عَلَيْهِ عُقُوبَةٌ لِآدَمِيٍّ كَقِصَاصٍ وَحَدِّ قَذْفٍ، وَمَنْعُهَا فِي حُدُودِ اللَّهِ تَعَالَى.

قال: **(فَإِنْ كَفَلَ بَدَنَ مَنْ عَلَيْهِ مَالٌ لَمْ يُشْتَرَطْ الْعِلْمُ بِقَدْرِهِ)**؛ لأنه تكفل بالبدن لا بالمال، وقيل: يشترط بناءً على أنه لو مات غرم الكفيل ما عليه.

قال: **(وَيُشْتَرَطُ كَوْنُهُ)** أي: المال على المكفول ببدنه.

(مِمَّا يَصِحُّ ضَمَانُهُ) فلو تكفل ببدن والمكاتب للنجوم لم يصح.

قال في «الكافي»: ويصح قبل ثبوت الحق وبعده، وقيل: بغيبته، قال: في «البحر» وهل يلزم أن يكون عارفًا بالمكفول له؟ وجهان كالمضمون له المال.

قال: **(وَالْمَذْهَبُ صِحَّتُهَا بِبَدَنِ مَنْ عَلَيْهِ عُقُوبَةٌ لِآدَمِيٍّ كَقِصَاصٍ وَحَدِّ قَذْفٍ)**؛ لأنه لآدمي كالدين.

وعبارة «الروضة»: صحت في الأظهر، وقيل: قطعًا، وقيل: لا يصح قطعًا، وادعى الرُّويَانِي أن قول: المنع هو المذهب، وقال في «التجربة»: إنه نص عليه في كتاب:

«اللعان»؛ لأنه مما يسقط بالشبهة والكفالة يراد الاستئناف، قال: وغلط من قال: غيره، انتهى.

وعبارة الشَّاشِي في «الحلية» تفريعًا على الأظهر فعلى هذا تصح الكفالة ببدن كل من يلزمه الحضور إلى مجلس الحكم عند استدعاء الدعوى كما ضبطه الإمام والغزالي وذكر في «الحاوي» تخرجه ثم حكى الشَّاشِي المنع في القصاص وحد الآدمي عن بعض الأصحاب.

قال: **(وَمَنْعُهَا فِي حُدُودِ الله تَعَالَى)** أي: كحد الزنا والخمر والسرقة؛ لأنها مبنية على الإسقاط، والمذهب هنا القطع بذلك، ونقل القاضي أبو الطيب الإجماع عليه، وقيل: القولان في الصور من الأولين وليس بشيء.

قلت: ويشبه أن التعزير بحق الله تعالى لحدّه وإن موضع المنع حيث لا يحتم استيفاء الحدّ، أما لو تحتم وقلنا: لا يسقط بالتوبة فيشبه أن يحكم بالصحة.

وَتَصِحُّ بِبَدَنِ صَبِيٍّ وَمَجْنُونٍ وَمَحْبُوسٍ وَغَائِبٍ وَمَيِّتٍ لِيُحْضِرَهُ فَيَشْهَدَ عَلَى صُورَتِهِ.

فرع: قال الْمَاوَرْدِي: لا يصح ببدن من عليه حق مال لله تعالى كزكاة وكفارة وفيه نظر والظاهر صحتها إذا صح ضمان ذلك في الذمة كما سبق وأولى.

قال: (**وَتَصِحُّ بِبَدَنِ صَبِيٍّ وَمَجْنُونٍ**)؛ لأنه قد يجب احضارهما مجلس الحكم والشهادة على مورثهما في الإتلافات وغيرها، فإن حصل بإذن وليهما فله المطالبة بإحضارهما عند الحاجة أو إذنه لكفالة البائع بغير إذنه أي: والمذهب بطلانها خلافًا لابن سُرَيْج، وجعل الْمَاوَرْدِي الصحة مفرعة على قول ابن سُرَيْج: وعلى المذهب لا يصح فلو أمره الولي لم يصح أيضًا، وحمل ابن الرِّفْعَة كلامه على موافقة الأول وهم ثبتوا عليه وكأنه لم يتأمل كلامه إلى آخره؛ ولهذا قال في «البحر»: بعد إيراده نحو ما في «المنهاج».

وقال في «الحاوي»: ظاهر مذهب الشَّافِعِي أنه لا يجوز فإن أمره الولي بالكفالة؛ لأن أمر الولي سؤال وطلب لا يتعلق عليه حكم، به وعلى قول ابن سُرَيْج: يجوز ذلك، انتهى.

فإذا صححناها بإذن الولي فزال الحجر بطلت مطالبته ويشبه أن يكون الحكم كذلك لو انعزل والظاهر أن المعتبر في كفالة بدن السفينة إذن وليه لا إذنه، ويحتمل غيره.

قال: (**وَمَحْبُوسٍ وَغَائِبٍ**) أي: بإذنهما وإن تعذر تحصيل الغرض في الحال كما يصح ضمان المعسر المال. (**وَمَيِّتٍ لِيُحْضِرَهُ فَيَشْهَدَ**) بِفَتْحِ الْهَاءِ.

(**عَلَى صُورَتِهِ**) ويصح ببدن المريض ليشهدوا على عينه إذ لخلوها كذلك ولم يعرفوا نَسَبَه.

تنبيهات: أطلقا القول بصحة ذلك ولم يتعرضا لإذن أحد فيها، وفيه إشكال إذ كيف يمكن أجنبي من غير سبب متقدم منه ولا إذن معتبر من ولي، وقياس ما سبق عن «الحاوي» في الصبي والمجنون في الميت وأن أذن وليه، ولعل هذا من تفاريع ابن سُرَيْج.

ثُمَّ إنْ عَيَّنَ مَكَان التَّسْلِيمِ تَعَيَّنَ وَإِلَّا فَمَكَانُهَا، ....

نعم، صوَّر كثيرون المسألة بما إذا كفله بإذنه في حياته ثم مات وكان الميت ممن يلزمه حضور مجلس الحكم لزم إحضاره ليشهدوا على عينه لعدم معرفتهم باسمه ونسبه، أو يحضره الحاكم والشهود وعلى تقدير الجواز في صورة الكتاب والظاهر أن محله قبل الدفن وعند الأمن من التغيير والتأخير وعند عدم النقل من بلد إلى بلد وليس للولي أن يأذن في مثل هذه الأحوال، فإن أذن فلا غيره بإذنه هذا ما ظهر لي بلا نقل، ثم رأيت ابن الرِّفْعَة قال: وإذا اشترطنا في كفالة الحي إذنه فيظهر هنا يعني: بحث اشتراط إذن الوارث، انتهى.

والتعبير بالولي أجود ويجب أن يعتد بالحوار حيث لا ضرر على الميت فيه بتغير وغيره، وأما كفالة بدن الغائب.

قال شارح: فيظهر صحتها إذا كان دون مسافة العدوى أو فوقها؛ ولكن يكفل إحضاره إلى مكان يلزمه الحضور فيه وإلا نائب يعلم اختلافهم، ولزوم إحضاره منه، والصحيح إنما يحضره من مسافة العدوى بشرط ألا يكون بها حاكم، فعلى هذا إذا كان ببلدة حاكم أو كان فوق مسافة العدوى لا ينبغي أن تصح الكفالة ببدنه؛ لأنه لا يلزمه الحضور.

قال: وهذا لا شك فيه إذا لم يأذن فإن أذن فقد يقال: إنه التزم الحضور ويحتمل أن يقال: إنه التزام ما لا يلزم فلا يصح، انتهى. وهذا حسن، والتزام ما لا يلزم وعد.

قال: (**ثُمَّ إنْ عَيَّنَ مَكَان التَّسْلِيمِ**) أي: وكان صالحًا له.

(**تَعَيَّنَ**) ويجب أن يكون هذا فيما إذا أذن فيه المكفول ببدنه ورضي به على ما فيه وإلا فالظاهر فسادها ولا يغني عن ذلك مطلق الإذن في الكفالة.

قال: (**وَإِلَّا**) أي: وإن لم يعين مكان التسليم.

(**فَمَكَانُهَا**) أي: مكان الكفالة، وقال الْمُتَوَلِّي: هو كما لو أطلق السلم إلى المؤجل، وجزم الإمام بأنه لا يخرج على الخلاف، وفيه وقفة، ولا بُدَّ من كون الموضع هنا صالحًا لا كلجة بحر ونحوها، فإن كان بلجة أو مفازة فهل

وَيَبْرَأُ الْكَفِيلُ بِتَسْلِيمِهِ فِي مَكَانِ التَّسْلِيمِ بِلَا حَائِلٍ كَمُتَغَلِّبٍ، ....

يقول: يجب التعيين؟ فإن أطلق فسدت، أو يقول: تصح ويحمل على أقرب موضع صالح للتسليم، فيه نظر ولا بُدّ أن يكون المكفول ببدنه لمكان لو استعدى عليه إلى ذلك الموضع للزمه الحضور إليه؛ لأن الكفيل فرع له، وإن لم يجب عليه الحضور لا يمكن إيجاب الإحضار على الكفيل، صرح به الإمام والغزالي وأقرهما الشيخان؛ لكنهما ذكرا من بعد ما يخالفه وسنذكره بما فيه إن شاء الله تعالى.

تنبيه: أطلق تعين المكان والمعين ومكانها وقال في «الروضة»: إذا أحضره في غير الموضع المستحق فله أن يمنع إن كان له فيه غرض، فإن كان قد عيَّن مجلس الحكم أو موضعًا يجد فيه من يعينه على خصمه فلو لم يختلف الغرض فالظاهر أنه يلزمه قبوله، فإن امتنع رفعه إلى الحاكم ليقبض عنه، فإن لم يكن حاكم أشهد شاهدين أنه يسلمه إليه، انتهى.

وقال في «البحر»: لو لم يرفعه إلى الحاكم وأشهد على امتناعه شاهدين فظاهر ما قاله: الشيخ أبو حامد أنه لا يبرأ، وقال القاضي الطبري: يبرأ ويكفي الإشهاد على امتناعه، وهذا أقيس؛ لأن مع وجود صاحب الحق لا يجوز تسليمه إلى من ينوب عنه من حاكم أو غيره، وهذا لفظ «الشامل» ومنه أخذه وجرى عليه الشَّاشِي والعمراني، ولم يذكر المصنف في «التنقيح» سواه، وقول «الروضة»: فإن كان قد عيَّن مجلس الحكم يقتضي تعينه مطلقًا، وإنه لا يلزمه قبوله في غيره، وفي «البحر» أنه لو عيَّن المسجد الأعظم أو مجلس الحكم لزمه تسليمه فيه، فإن سلمه إليه في غيره نظر إن كان بقرب مجلس الحكم ولا يتعذر عليه حمله إليه، وإذا امتنع لحقه العون من جهة الحاكم لزمه تسليمه، وفيه وجه أنه لا يلزمه إلا في الموضع الذي عينه؛ لأن عليه مؤنة في حمله.

فإن قلتَ: وقضية كلام «الشامل» وغيره أن المذهب الأول فإن طريقة الوجهين ضعيفة فإذن كلام المصنف يوافق الوجه المرجوح.

قال: (**وَيَبْرَأُ الْكَفِيلُ بِتَسْلِيمِهِ فِي مَكَانِ التَّسْلِيمِ**) أي: سواء طالبه به المكفول له أم لا (**بِلَا حَائِلٍ كَمُتَغَلِّبٍ**) أي: ويد سلطان وحبس بغير حق؛ لعدم التمكن

وَبِأَنْ يَحْضُرَ الْمَكْفُولُ بِهِ وَيَقُولَ: سَلَّمْت نَفْسِي عَنْ جِهَةِ الْكَفِيلِ، وَلَا يَكْفِي مُجَرَّدُ حُضُورِهِ.

بخلاف حبس الحاكم بالحق فإنه لا يمنع صحة التسليم لإمكان إحضاره ومطالبته بالحق، وقوله: في مكان التسليم يفهم أنه لا يبرأ بتسليمه في غيره مطلقًا وسبق ما فيه، وسكت عن وقته وذلك فيما إذا كفله، وقد قال الأئمة: حكم تسليمه قبل حكم إحضار الدين قبل محله كما سبق، ولو أخر التسليم.

قال الْمَاوَرْدِي: وهكذا لو تكفل به عَلَى أَنْ يُسَلِّمَهُ بـ«الْبَصْرَةِ» فَسَلَّمَهُ فِي غَيْرِهَا، فَإِنْ كَانَ يَخَافُ عَلَيْهِ فِي الْمَوْضِعِ الَّذِي سَلَّمَهُ مِنْ يَدٍ غَالِبَةٍ أَو كَانَتْ لَهُ بَيِّنَةٌ بِالْبَصْرَةِ وَفِي حَمْلِهِ إِلَى الْبَصْرَةِ مؤْنَةٌ لَمْ يَبْرَأْ بِتَسْلِيمِهِ إِلَّا بِالْبَصْرَةِ، وَإِنْ كَانَ الْمَكَانُ آمِنًا وَالْبَيِّنَةُ حَاضِرَةً وَاسْتِيفَاءُ الْحَقِّ مُمْكِنًا بَرِئَ بِتَسْلِيمِه، وفي «فتاوي الْقَفَّال»: إذا أسلمه إليه فلم يقبل نظر إن كان بموضع ليس عليه الامتناع منه في الغالب برئ، وإن كانت في مفازة فلا، انتهى. وإطلاقه يفهم أنه لا فرق بين وقوع الكفالة بالمفازة وغيرها ولعله لم يرده.

قال: **(وَبِأَنْ يَحْضُرَ الْمَكْفُولُ بِهِ وَيَقُولَ سَلَّمْت نَفْسِي عَنْ جِهَةِ الْكَفِيلِ)** كأداء الأصيل الدين وتسليم أجنبي بإذن الكفيل كتسليمه وبدون إذنه لا يلزمه قبوله، فإن قبل برئ وتسليم الولي كتسليم الكفيل، وإطلاق «الكتاب» يشمل الصبي والمجنون إذا سلما أنفسهما عن جهة الكفالة، ولم أره نصًّا، وفيه وقفة إذ لا حكم لقولهما.

والظاهر أنه إن قبل حصل التسليم، وإلا فلا.

قال: **(وَلَا يَكْفِي مُجَرَّدُ حُضُورِهِ)** أي: من عين أن يقول: سلمت نفسي عن الكفالة؛ إذ لا تسليم من الكفيل ولا ممن ينوب عنه حتى لو ظهر به خصمه في مجلس الحكم فادعى عليه بتلك الخصومة لم يبرأ الكفيل، قاله القاضي الحسين: والمراد مع بقاء الحق والخصومة، قال: ويبرأ الكفيل بإبراء المكفول له أو لأصله، ولو قال: رددته إلى أحدٍ بقوله، ولو قال: لا حق لي قبل المكفول به أو عليه، فوجهان وأخبرنا فيما لو كان له عليه دين فقال: لا حق لي قبله أحدهما يبرأ، لأنه نكرة في سياق النفي فيعم، والثاني يرجع إليه،

فَإِنْ غَابَ لَمْ يَلْزَمْ الْكَفِيلَ إِحْضَارُهُ إِنْ جَهِلَ مَكَانَهُ، وَإِلَّا فَيَلْزَمُهُ، وَيُمْهَلُ مُدَّةَ ذَهَابٍ وَإِيَابٍ.

فإن قال: أردت نفي الدين من ذمته برئا، أو نفي الوديعة والشركة والعارية، قيل قوله: فإن كذبناه حلف، فإن قال: لا حق لي في ذمته ولا في يده برئا على الوجهين، وأشبه الوجهين عندي مؤاخذته بإقراره إذا كان عارفًا بمدلول لفظه.

فرع: كفلا من سائم جاء به أحدهما وسلمه المكفول قال الْبَغَوِي: وتبعا وقع تسليمه عن نفسه دون صاحبه، سواء قال: سلمت عن صاحبي أو لم يقل.

قلت: وقياس ما سبق إذا كان بإذنه، أو قيل: إن الآخر يبرأ.

قال: الرَّافِعِي وإن كفلاه معًا فوجهان، قال الـمُزَنِيّ: يبرأ صاحبه، وقال ابن سُرَيْج: لا يبرأ كرهنين انفك أحدهما، انتهى.

وقال الرُّويَانِي في «التجربة»: الصحيح من المذهب أنه يبرأ وهو اختيار الـمُزَنِيّ، قال: وغلط من قال غيره.

فرع: قال في «البيان»: لو أبرأ المكفول له الكفيل ثم رآه ملازمًا له فقال له: خله فأنا على ما كنت عليه من الكفالة أو على ذلك ما كنت عليه، قال أبو العباس: صحت كفالته؛ لأنه لا حياد عن كفالته له، أو إقرار به أو ابتداء كفالة في الحال وإنما كان وجب أن تصح.

قال: **(فَإِنْ غَابَ لَمْ يَلْزَمْ الْكَفِيلَ إِحْضَارُهُ إِنْ جَهِلَ مَكَانَهُ)** لعجزه كالمعسر بالدين وعن الجوري: أنه يحبس ويجب تنزيله على بعده على ما لو كذبه الخصم في دعواه الجهل مكانه، أما لو صدقه فيه فلا.

قال: **(وَإِلَّا فَيَلْزَمُهُ)** أي: فإن عرف مكانه والطريق آمن وأمكنه الوصول إليه ولم يكن هناك من يمنعه يجب تسليمه فيه لم يلزم إلا لحضوره مع المكفول إلى مجلس الحكم، ثم الحاكم مخير إن شاء أحضره إلى أن يسلمه الكفيل إليه فيه ثم أعاده إلى الحبس، وإن شاء وجههما إلى الحبس ليسلمه فيه وهو أحوط؛ بل بمعنى إذا خيف هربه لو أخرج أو حيلولة متغلب دونه.

قال: **(وَيُمْهَلُ مُدَّةَ ذَهَابٍ وَإِيَابٍ)** أي: على العادة وإن بعدت المسافة،

فَإِنْ مَضَتْ وَلَمْ يُحْضِرْهُ حُبِسَ، وَقِيلَ: إنْ غَابَ إلَى مَسَافَةِ الْقَصْرِ لَمْ يَلْزَمْهُ إحْضَارُهُ.

وذكر بعضهم أنه يبعث معه عن توجهه لإحضاره من يمنعه من الهرب وهذا يحتمل أن يراد به الكفيل أو المكفول، ورأيت في «البيان» أنه إذا أريد المكفول ولحق بدار الحرب أو حبس بحق لزم الكفيل إحضاره، فيخرج إلى دار الحرب لإحضاره والمحبوس يمكنه أن يقضي عنه الحق ويطلق عن الحبس، هذا لفظه ولا يقول أحد فيما أجيب أنه يرهق إلى ما إذا أعلنه وإخراجه ليسلمه فإن أراد أنه يمكنه أن يتبرع نادى عليه ويخرجه ليسلمه إن شاء الله وإلا فلا يجيء، وعبارة «الشامل»: قال الـمُزَنِيّ: لو ارتدَّ ولحق بدار الحرب لزم الكفيل إحضاره، وهذا إنما يلزمه ما يقدر عليه وكذلك المحبوس عند غير الحاكم، انتهى.

ويجوز حملها على ما إذا أمكنه إخراجه بغير مال، أما بقوته أو نحو ذلك لا، كما أفهمه كلام «البيان».

قال: **(فَإِنْ مَضَتْ)** أي: مدة ذهابه وإيابه.

(وَلَمْ يُحْضِرْهُ حُبِسَ) أي: لتقصيره فيما وجب عليه ثم سعى في إحضاره بالتوكيل ويدام حبسه إلى أن يتعذر إحضاره بمؤنة أو نصير وزجه في مكان لا يمكن إحضاره منه أو للجهل به.

قلت: وَالظَّاهِرُ إمْهَالُهُ عند الذهاب والعود لِانْتِظَارِ رُفْقَةٍ يَأْمَنُ مَعَهُمْ وَعِنْدَ الْأَمْطَارِ وَالثُّلُوجِ الشَّدِيدَةِ وَالْأَوْحَالِ الْمُؤْذِيَةِ الَّتِي لَا تُسْلَكُ عَادَةً وَلَا يُرْهَقُ وَلَا يُحْبَسُ مَعَ هَذِهِ الْأَعْذَارِ ولم أره نصًا.

قال: **(وَقِيلَ: إنْ غَابَ إلَى مَسَافَةِ الْقَصْرِ لَمْ يَلْزَمْهُ إحْضَارُهُ)** إلحاقًا لها بالغيبة المنقطعة كما لو غاب الولي أو شاهد الأصل إلى مسافة القصر يكون لغيبته المنقطعة، قال الرَّافِعِي: ولا فرق بين أن تطرأ الغيبة أو يكون غائبًا وقت الكفالة أي: ففيه الوجهان، وكان قد حُكي عن الإمام أنه لو كفل رجل بـ«بغداد» رجلًا بـ«البصرة» لم يصح، وعليه جرى الْغَزَالِي وغيره.

وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ إِذَا مَاتَ وَدُفِنَ لَا يُطَالَبُ الْكَفِيلُ بِالْمَالِ.

قال الرَّافِعِي هنا: إنه جواب على أنه لا يلزمه الإحضار يعني: إذا غاب إلى مسافة القصر أي: والصحيح خلافه وقدمنا فيما إذا كان غائبًا وقت الكفالة بما يقتضي موافقة الإمام فإن من بـ«البصرة» لا يلزمه الحضور بـ«بغداد» للمحاكمة، فكذا من يكفل ببدنه، وهذا لا شك فيه إن كان بغير إذنه، وكذا لو كان بإذنه على ما سبق من الاحتمال، فإن إذنه لا يغير الحكم، ولو كان وقت الكفالة في محل يلزم إحضاره منه ثم غاب إلى محل لا يلزمه الحضور منه فالمتجه هنا أنه لا يلزم الكفيل إحضاره وإلا لزم من كان في بلد وانتقل إلى بلد بعيد الحضور منه استصحبا باللزوم وحضوره في البلد الأول، نعم ينبغي أن يقال: يجب إحضاره في المحل الذي هو فيه فيتوجه إليه المكفول له أو وكيله فيسلمه ويحاكمه هناك وتخصيص قولهم إن مكان التسليم ما يعينه أو مكان الكفالة بما إذا كان يجب على المكفول الحضور إليه، فإن غاب عنه فيحضره إلى أقرب موضع إليه مما يلزمه الحضور فيه. وهكذا إذا ضمن رجل طعامًا أسلم فيه وشرط في السلم إن يسلمه في بلد لا يجب على الضامن إن يسلمه في غير ذلك البلد اعتبارًا بأصله، فكذا هنا الواجب على الكفيل من الإحضار ما يجب على المكفول من الحضور، ويحمل قول: الأصحاب على الأصح أنه يلزمه إحضاره إذا غاب إلى مسافة القصر على الإحضار إلى مجلس الحكم هناك مما يلزم المكفول الحضور إليه، وعلى الوجه الآخر لا يلزمه الإحضار هنا ولا الذهاب ليسلمه هناك وتسقط القيمة إثر الضمان في هذه الحالة كما في الولي والشاهد، هكذا قال: شارح بحثًا وهو حسن.

وفي كلام «النهاية» وغيرها التصريح بما ذكره آخرًا من الاعتبار بالاستعداء؛ لكن في «الشامل» وغيره عن الـمُزَنِيّ من غير مخالفة أنه لو ارتد المكفول به ولحق بدار الحرب وأمكن إحضاره لزمه ذلك وإطلاقه ينازع في ذلك إذ لا حاكم لنا هناك، وظاهر كلامهم يقتضي أنه يحضره إلى موضع الكفالة، أو المعين فيه، وبهذا قالوا: يمهل مدة ذهابه ورجوعه وقد يعرف بأن هذا بإذن المكفول به ورضاه كما أشرنا إليه من قبل بخلاف الاستعداء، وفيه نظر.

قال: (**وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ إِذَا مَاتَ وَدُفِنَ لَا يُطَالَبُ الْكَفِيلُ بِالْمَالِ**) وكذا عبارة

....

«المحرر» وفيها إيهام فإنه لا يطالب بالمال بحال على المذهب لا في الحياة ولا قبل الدفن ولا بعده، ولو قالا: لم يطالب شيء، كما في «تهذيب المحرر» وغيره؛ لكان أجود فإن في انقطاع طلب الإحضار بالموت قبل الدفن وجهان، قال الرَّافِعِي: أصحهما لا ينقطع؛ بل عليه إحضاره ما لم يدفن إذا أراد المكفول له إقامة الشهادة على صورته، كما لو تكفل ابتداءً بدين الميت، والثاني: ينقطع جهلًا للإحضار الملتزم على حال الحياة فإنه الذي يخطر بالبال غالبًا، انتهى.

وهذا ما يفهم من كلام كثيرين الجزم به وإنه المذهب، وأرسلا في «النهاية» و«البسيط» و«الوسيط» الوجهين بلا ترجيح، وعبارة «الوجيز»: ولو مات أو هرب أو استخفى مكانه فالصحيح أنه يلزمه شيء فظاهرها أنه لا يلزمه مال ولا إحضار، وقال في «البحر»: إذا مات برئ الكفيل على قول الشَّافِعِي، ثم قال: من بعد قال أصحابنا الخرسانيون: إذا تكفل ببدن رجل قبل ثبوت الحق عليه بإقرار أو بينة فعلى الكفيل إحضاره مجلس الحكم ولا بُدّ من الإذن هاهنا؛ ليمكنه إحضاره عند القاضي والكفالة واقعة على إحضاره، فإن تعذر الإحضار لموت أو غيبة بطلت الكفالة إلا أن يكون الميت لم يتغير ويقول المشهود: نحن نشهد على وجهه لا على اسمه ونسبه، فعلى الكفيل مؤنة إحضاره مجلس الحكم ليشهدوا على وجهه، ذكره بعض أصحابنا بـ«العراق» والمشهور الأول.

وقال في «الحاوي»: إن كان عليه بينة يشهد على غيبته أو يحضره الحاكم إلى موضعه ليسمع البينة على عينه وعلى هذا في الكفالة وجهان:

أحدهما: إنها باقية، ويوجد الكفيل بإحضار الميت.

والثاني: أنها تبطل؛ لأن الميت محجور عليه لإقامة الشهادة عليه فلم يحتج إلى الكفيل، انتهى.

أما مطالبة الكفيل بالمال فذهب الشَّافِعِي كما قال: الْمَاوَرْدِي وغيره، وجرى عليه الجمهور أنه لا يطالب بردّ رأس المال.

فاعلم أن الميت قد يخلف تركة فإن كان الخلاف في مطالبة الكفيل بالمال

وَأَنَّهُ لَوْ شَرَطَ فِي الْكَفَالَةِ أَنَّهُ يَغْرَمُ الْمَالَ إِنْ فَاتَ التَّسْلِيمُ بَطَلَتْ.

عند التعذر وهو ظاهر كلامهم، فعند الدفن مع التركة الممكن للاستيفاء منها لا تعذر فلا يطالب قطعًا، وقبله مع عدم التركة يطالب على أحد الوجهين، للتعذر فلا فائدة للتقييد بالدفن إلا في بطلان الكفالة، فإن الشهادة على غيبته عند الحاجة مقصودة، وإنما كان ينبغي التقييد بالدفن كما قال في «التنبيه» وغيره: إن الكفالة تبطل كما قدمناه، وأحسبه قول: الجمهور.

ولو هرب المكفول به إلى حيث لا نعلم أو توارى فهل يطالب الكفيل بالمال؟ خلاف مرتب على الموت، وأولى بالمنع؛ لأنه لم ييأس من إحضاره.

إشارة: حد من قوله: فلا يطالبه بالمال، أن الخلاف فيما إذا كانت الكفالة بمن عليه مال، أما لو كان ببذل زوجة أو بمن عليه قَوَد أو حدّ فلا مال قطعًا.

فرع: لو مات المكفول له بقيت الكفالة، وقام وارثه مقامه كما في ضمان المال، وقيل: تبطل لضعفها، وقيل: إن كان عليه دين أو له وصي بقيت، وإلا فلا، قال: وفي «الروضة» قبل هذا بأسطر عن «الحاوي»: ولو مات الكفيل، فعلى مذهب الشَّافِعِي والأصحاب، بطلت الكفالة، ولا شيء في تركته، وعلى قول ابن سُرَيْج: ينبغي ألا تبطل؛ لأنها عنده، قد يقضي إلى مال يتعلق بالتركة؛ لكن لم أر فيه نصًّا.

ولو مات المكفول له، بقي الحق لوارثه، فإن له غرماء وورثة، وأوصى إلى زيد بإخراج ثلثه لم يبرأ الكفيل إلا بالتسليم إلى الورثة والغرماء والوصي، فلو سلم إلى الورثة والغرماء والموصى لهم، ففي براءته وجهان، حكاهما ابن سُرَيْج، انتهى. وفيه نقص.

وعبارة «الحاوي»: فإن المستحق به لا تعلق له بالمال، كان المستحق للكفالة الوارث وحده دون الغرماء وأهل الوصايا، وإن كان مالًا وساق ما في «الروضة».

قال: **(وَأَنَّهُ لَوْ شَرَطَ فِي الْكَفَالَةِ أَنَّهُ يَغْرَمُ الْمَالَ إِنْ فَاتَ التَّسْلِيمُ بَطَلَتْ)** أي: ظاهر المذهب لاشتراطه ما ينافيها، وقيل: يصح بناءً على التغريم،

وَأَنَّهَا لَا تَصِحُّ بِغَيْرِ رِضَا الْمَكْفُولِ].

وقيل: تصح الكفالة بالبدن ويبطل شرط المال، وعبارة الرَّافِعِي وغيره، إن قلنا: يغرم عند الإطلاق وإلا فالكفالة باطلة، وقال القاضي الحسين: لا تصح الكفالة بالمال، وفي كفالة البدن قولان، فإن قال: تكفلت ببدنه، فإن مات فعلى المال صحت الكفالة، وبطل التزام المال، قاله: الْمَاوَرْدِي.

قال: ولو قال: كفلت لك نفسه على أنه إن مات فأنا ضامن لما عليه، بطلت الكفالة والضمان معًا. ولو قال: كفلت لك نفسه على أنه إن مات وضمنت مالك عليه وهو معلوم، صحتا.

ولو قال: ضمنت لك عن ألفٍ، فإن لم أردها فأنا كفيل بنفسه، صح الضمان وبطلت الكفالة. **قلت**: في صحة الضمان نظر!

قال: ولو قال: ضمنت لك عنه ألفًا على أني لم أؤدها فأنا كفيل بنفسه، بطل الضمان والكفالة.

قال: **(وَأَنَّهَا)** يعني: كفالة البدن.

(لَا تَصِحُّ بِغَيْرِ رِضَا الْمَكْفُولِ) أي: إذا أذن وليه كما سبق بما فيه إذ لا يلزمه الحضور معه، وصححهما ابن سُرَيْج بناءً على أنه يغرم، ومحل خلافه إذا تكفل بعد ثبوت المال، أما قبله، فقال القاضي الحسين والبغوي وغيرهما: فلا خلاف أنها لا تصح بلا إذن، وهذا الكلام مصرح بأن الخلاف فيما إذا تكفل به لمال عليه، لا في كل حق.

فرع: يشرط معرفة المكفول وتعينه في اشتراط معرفة المكفول له وجهان سبقا، قال في «الروضة»: ولا يشترط رضاه على الصحيح.

قال: وإذن هل يعتبر رضا المكفول به أي: وصححناه كما قيده الرَّافِعِي، وسقط من «الروضة»، تبعًا لنسخة سقيمة فأراد إحضاره لطلب المكفول له نظر! إن قال: أحضر خصمي وللكفيل مطالبته بالحضور وعليه الإجابة، لا بسبب الكفالة بل؛ لأنه وكيل في إحضاره، وإن لم يقل ذلك؛ بل قال: اخرج من حقي، فهل له مطالبته به؟ وجهان.

....

قلت: والأقرب المنع ويوجبه اللزوم يتضمن المطالبة والتوكيل بعيد.

فرع: ضمن أو كفل ثم قال: لم يكن على المضمون أو الكفيل حق، فالقول: قول المكفول له، وفي تحليفه وجهان، فإن قلنا: يحلف فنكل حلف الآخر وسقطت المطالبة، هكذا ذكره الرَّافِعِي، وعلل بأن الكفالة لا تكون إلا بعد ثبوت الحق، قال شارح: وهذا في ضمان المال صحيح، فأما كفالة البدن فليس من شرطها ثبوت الحق ولا ظهوره؛ بل يكفل ليحضر إلى الحاكم، فيعلم هل عليه حق أم لا؟ فدعوى الكفيل أنه لا حق عليه، لا يخالف ما سبق، ويبنغي حمل كلام الرَّافِعِي على ما إذا ادعى أنه لا يلزمه الحضور إلى الحاكم، ليتوصل به إلى إبطال الكفالة، أو يكون هذا الكلام صادر ممن يشترط فيما يكفل نسبه أن يكون مما يصح ضمانه وهو وجه ضعيف ومتى لم يحمل على أحد هذين المحلين لم ينتظم، انتهى.

وقوله: هذا في ضمان المال صحيح موهم، إذ في «كفاية» شيخه ابن الرِّفْعَة، هل يشترط إقرار المضمون عنه الدين لو أنكر أصل الدين واعترف به إنسان ثم ضمنه؟ فوجهان في «النهاية» في باب الإقرار بالنسب، والأصح المشهور في الطرق، أنه لا يشترط، وقال غيره: ولو قال: ضمنت؛ ولكن الدين ليس على المضمون عنه، لم يسمع قوله: في الأصح، وقال الرَّافِعِي: إن الكفالة لا تكون إلا بعد ثبوت الحق بوجه لتصديق المكفول له، أي: الغالب وذلك وأن الكفيل بإقدامه على الكفالة، والضمان مصدق وكان الحق ثابت بالنسبة إليه؛ لأن إقدامه على ذلك متضمن لتصديق المكفول له لا أن يقدم الثبوت في ظاهر شرط فيها، وفي «البسيط» لو تكفل ببدن فلان ثم ادعى أنه لم يأذن له، فهو مؤاخذ بقوله: ويحمل على كفالة صحيحة، انتهى.

ويمكن تخرجه على دعوى الصحة والفساد، وهو قريب مما سبق من قول المشتري: لم أر المبيع.

فرع: في «فتاوي الْقَفَّال»: إذا تكفل ببدن إنسان إلى عشرة أيام نظر، فإن عني به أنه يصر كفيلًا قبل ذلك صحت الكفالة في الحال، فإذا طالبه به في

....

العشرة رده عليه، وإن طالبه بعد العشرة لا يلزمه رده إليه، فالقول: إن ضمان الأداء لا تقع البراءة منه إلا بالإبراء، والأداء وضمان النفس، قد يبرأ منه بغير ذلك، وهو دون المتكفل ببدنه، فيسقط لتسليمه إليه، فجاز أن تقع البراءة بعد انقضاء المدة، انتهى.

وفي أصل «الروضة»: لو وقت كفالة البدن، فقال: أنا كفيل به إلى شهر إذا مضى برئت فوجهان، وقيل قولان: أصحهما البطلان كضمان المال، ولم تجز الكفالة وبشرط التأخير في الإحضار شهرًا جاز للحاجة، وتوقف فيه الإمام وأقامه في «الوسيط» وجهًا، فإذا صححنا، فأحضره قبل المدة وسلمه وامتنع المكفول له من قبوله نظر هل له غرض في الامتناع بأن كانت بينته غائبة أو دينه مؤجلًا أم لا؟

وحكم القسمين على ما سبق في غير المكان المعين، انتهى.

وأطلق في الكتاب وأصله «الرونق» أن التأجيل يبطل كفالة البدن، ورأيت في «فروع ابن الْقَطَّان» أنه يحتمل أن تصح كالسلم في جارية إلى مدة، ويحتمل ألا يجوز إلا على الإطلاق، انتهى.

وحكاه في «البحر» وجهًا والمشهور الصحة، ولو شرط لإحضاره أجلًا مجهولًا كالحصاد لم تصح الكفالة على الأصح.

فرع: إذا ضمن رد عين المضمونة بغصب أو عارية أو سوم وأمانة خُيِّر فيها ونحوها. قال في «الروضة»: المذهب الذي عليه الجمهور أنها على قول: كفالة البدن، وقيل: تصح قطعًا، والفرق أن حضور الخصم ليس هو مقصود في نفسه، وإنما هو ذريعة إلى تحصيل المال، فالتزام المقصود أولى.

قلت: وفيما نقله توقف، قال الْمَاوَرْدِي: قال: إن مذهب الشَّافِعِي أنها لا تصح، ولم يذكر في «حليته» سواه.

قال: وقال ابن سُرَيْج: تصح، وحكاه قولًا للشافعي، هذا مع حكم الماوَرْدِي فإن المذهب الصحيح صحة كفالة البدن، فإن صححنا فرد وبرئ،

فَصْلٌ: يُشْتَرَطُ فِي الضَّمَانِ وَالْكَفَالَةِ.

قال المصنف: [لَفْظٌ يُشْعِرُ بِالْتِزَامٍ كَضَمِنْتُ دَيْنَك عَلَيْهِ أَو تَحَمَّلْته أَو تَقَلَّدْته أَو تَكَفَّلْت بِبَدَنِهِ، ....

وإن تلفت وتعذر الرد ففي ضمان قيمتها وجهان لموت المكفول به، وإن ضمن قيمتها لو تلفت، قال الْبَغَوِي: حتى على أنه لو مات المكفول به هل يغرم الكفل المال؟ إن قلنا: نعم، صح الضمان، هكذا وإلا فلا، وهو الصحيح. وجعل صاحب «الإيضاح» المذهب عدم صحة الضمان في الصورتين، وهو موافق لنقل الإمام.

قال الشارح: قال: (**فَصْلٌ يُشْتَرَطُ فِي الضَّمَانِ**) أي: للمال.

(**وَالْكَفَالَةِ**) أي: للبدن.

(**لَفْظٌ يُشْعِرُ بِالْتِزَامٍ**) لأنه التزام حق، فلا يصح بدون لفظ أو مما يقوم مقامه كسائر العقود.

إشارات: كان ينبغي أن يزيد على قوله: لفظ أو ما ينوب عنه لتدخل إشارة الأخرس وكتابته، كما في البيع؛ بل وكتابة الناطق كما سبق بيانه، وقوله: يشعر يقتضي أنه ينعقد بالكتابة كالصريح، وهو صحيح نعم التصريح ما يحمل مدلوله أكثر الناس كزعم وحمل وصبر وقصد ففي جعلها صرائح فيه نظر، وينقدح أحد أمرين: إما أن يقال: إنها كتابة منهم، أو أنه إذا قال: ما منعناها، وهي ممن يخفى عليه ذلك أن يصدق بيمينه كما سيأتي نظيره في الطلاق إن شاء الله تعالى.

قال: (**كَضَمِنْتُ دَيْنَك عَلَيْهِ أَو تَحَمَّلْته أَو تَقَلَّدْته أَو تَكَفَّلْت بِبَدَنِهِ**)، أما ضمنت فهي أم الباب ولفظ «المحرر وتهذيبه وإيجازه» وغيرها زيادة لفظة: لك بعد ضمنت، والظاهر أنها ليست تقيد، وإما تحمله فلاشتهارها في الحديث وغيره، وتقلدته في معناها، وتكفلت ببدنه أشهرت في ألفاظ الصحابة ﷺ وغيره، وكذا تكفلت بوجهه، ولو قال: تكفلت بنفسه أو بعينه أو بجسمه أو بروحه صح، ولو تكفل بعضو منه موجود، فأوجه:

أحدها: البطلان، كبيعه، وبه قال كثير من العراقيين.

أَو أَنَا بِالْمَالِ أَو بِإِحْضَارِ الشَّخْصِ ضَامِنٌ أَو كَفِيلٌ أَو زَعِيمٌ أَو حَمِيلٌ.

وثانيها: يصح لاتصالها، وفي تسليمه تسليم الكل.

وثالثها: إن كان بما لا يبقى البدن دونه كالرأس والكبد والقلب صح، وإن بقي كيده ورجله فلا، وصححاه في «التهذيب» والرافعي.

ورابعها: إن عبر به عن كل البدن كالرأس والرقبة صح، وما لا فلا، وصححه الْقَفَّال، وألحق الصابع كالثلث والنصف، وكالذي لا يبقي البدن دونه فيكون على وجهين، وجزم الْمَاوَرْدِي بصحتها بكفالته رأسه أو وجهه أو عينه أو قلبه أو فؤاده وغيرها، مما لا يحيى دونه أو جزء صابع.

واعلم أن الوجه الأول قضية كلام «الروضة»، في كتاب «الظهار».

قال: (**أَوْ أَنَا بِالْمَالِ**) أي: الذي على هذا أو على زيد.

(**أَوْ بِإِحْضَارِ الشَّخْصِ ضَامِنٌ أَو كَفِيلٌ**) لما سبق.

(**أَوْ زَعِيمٌ**) لورودها في الكتاب والسنة.

(**أَوْ حَمِيلٌ**) من الحمالة، وكذا قبيل، وقيل كناية.

قال الرَّافِعِي: يطرد في الحميل، وما ليس بمشهور في العقد، ويشبه: أنا به صبير لا التزمت مالك على فلان، فالظاهر الصراحة، وأقوى الوجهين في «الروضة»: أن قوله دين فلان إلي ليس بصريح، ولو قال: خل عنه والدين الذي عليه عندي، فكناية.

قلت: وأكثر العوام يعبروا عن علي بعبدي فيشبه أن يجري في صراحته ذلك خلاف كنظائره.

فائدة: قال الْمَاوَرْدِي: والضمين والزعيم والكفيل والحميل والصبير بمعنى واحد، غَيْرَ أَنَّ الْعُرْفَ جَارٍ بِأَنَّ الضَّمِينَ مُسْتَعْمَلٌ فِي الْأَمْوَالِ، وَالْحَمِيلُ فِي الدِّيَاتِ، وَالزَّعِيمُ فِي الْأَمْوَارِ الْعِظَامِ، وَالْكَفِيلُ فِي النُّفُوسِ، وَالصَّبِيرُ فِي الْجَمِيع يصح لكل واحد منها ويلزم، انتهى.

وكأنه أراد عرف الفقهاء وأهل اللغة، وإلا فالأكثر العوام يجهل أكثر ذلك كما قدمناه.

وَلَوْ قَالَ: أُؤَدِّي الْمَالَ أَو أُحْضِرُ الشَّخْصَ فَهُوَ وَعْدٌ، وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ تَعْلِيقُهُمَا بِشَرْطٍ وَلَا تَوْقِيتُ الْكَفَالَةِ، وَلَوْ نَجَّزَهَا وَشَرَطَ تَأْخِيرَ الْإِحْضَارِ شَهْرًا جَازَ،

قال: (**وَلَوْ قَالَ: أُؤَدِّي الْمَالَ أَو أُحْضِرُ الشَّخْصَ فَهُوَ وَعْدٌ**) أي: فليس بالتزام؛ لأن الصيغة لا تشعر به، هكذا أطلقوه، وحمله ابن الرِّفْعَة على ما إذا خلا عن القرينة، فإن اختفت قرينة تصرفه إلى الإنشاء، فينبغي أن يصح، قال: لكن لم أره للأصحاب، انتهى.

وقد يؤيده قول الْمَاوَرْدِي في النذر، إذا قال: إن سلم مالي أعتقت عبدي أنه نذر ويشبه أنه يقال: إنه كناية، فإن العامي يقصد به الالتزام، فإن اعترف بقصد به الضمان أو الكفالة ألزم بذلك.

قال: (**وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ تَعْلِيقُهُمَا**) يعني: المال وكفالة البدن.

(**بِشَرْطٍ**) أي: كالبيع ونحوه ليس الخلاف فيهما متحد الرتبة، أما ضمان المال، فلا خلاف على الجديد أنه لا يجوز تعليقه، وخرج فيه وجه بناء على القديم في ضمان الجمهور، وما لم يجب، وأما كفالة البدن فإن علقها بمجيء الشهود، فإن جوزنا تعليق الضمان، فهي أولى وإلا فوجهان، وإن علقها بالحصاد، فوجهان بالترتيب، وأولى بالمنع أو يقدم زيد، فالوجهان بالترتيب أولى بالمنع، فإن جوزنا، فوجد الشرط صار ضامنًا.

قال: (**وَلَا تَوْقِيتُ الْكَفَالَةِ وَلَوْ نَجَّزَهَا وَشَرَطَ تَأْخِيرَ الْإِحْضَارِ شَهْرًا جَازَ**) أي: أن يقول أنا كفيل به إلى شهر، فإذا مضي ترتب كضمان المال كذلك، والثاني: يجوز لأنه يقصد تسليمه في المدة لغرض بخلاف المال.

وحكى الْبَغَوِي وغيره الخلاف قولين، وعن «الحاوي» قول غريب: إن الشرط يبطل، ويصح الضمان، فإنا صححناه، وبه أفتى الْقَفَّال كما سبق، فإذا مضت المدة بريء الكفيل، وبنى القاضي في «الفتاوى» الخلاف على أنه هل يطالب عند تعذر الإحضار، إن قلنا: نعم، يصح، وإلا صحت، وقضية ترجيح الصحة، وهو مقتضى كلام الرُّويَانِي، وبه جزم في «الحلية».

فرع: لو ضمن مالًا أو كفل بدنًا بشرط الخيار لنفسه لم تصح للمنافاة،

وَأَنَّهُ يَصِحُّ ضَمَانُ الْحَالِّ مُؤَجَّلًا أَجَلًا مَعْلُومًا، وَأَنَّهُ يَصِحُّ ضَمَانُ الْمُؤَجَّلِ حَالًّا، وَأَنَّهُ لَا يَلْزَمُهُ التَّعْجِيلُ.

ولو شرطه المضمون له لم تضر إذ الخيار والإبراء إليه أبدًا.

قال: (**وَأَنَّهُ يَصِحُّ ضَمَانُ الْحَالِّ مُؤَجَّلًا أَجَلًا مَعْلُومًا**) للحاجة، ويثبت الأجل في حق الضامن فقط، والثاني: لا، للاختلاف، والأول: قول الجمهور من العراقيين وغيرهم في النص إشارة إليه، فله مال يأخذ على ما شرط دونه، ما لم يشرط، وانتقد على الإمام دعواه إجماع الأصحاب أن الأجل لا يثبت.

إشارة: قال في «الدقائق» في بعض نسخ «المحرر»: والأصح فيه لا يصح ضمان الحال مؤجلًا، قال: والصواب ما في «بغية» الشيخ و«المنهاج».

قلت: والذي رأيته في نسخ «المحرر» على كثرتها كما حكي عن بعض النسخ، وعليه جرى أصحاب مختصرات «المحرر» لتهذيبه وإيجازه وفتاويه.

والظاهر أن «المحرر» تبع الإمام في ترجيح البطلان، وإن بعض نسخ «المحرر» أصلح على ما ذكره المصنف من الترجيح، وهو المرجح في الشرحين، والزيادة في الأصل كأصل التأجيل، فيجري فيه الخلاف.

إشارة: عبارة «المحرر»: ضمان المال الحال، فحذف المصنف لفظة: المال، وكذا حذفها غيره من المختصرين ليشمل كفالة البدن، كذا قيل.

قال: (**وَأَنَّهُ يَصِحُّ ضَمَانُ الْمُؤَجَّلِ حَالًّا وَأَنَّهُ لَا يَلْزَمُهُ التَّعْجِيلُ**) لأنه تبرع بالتزام التعجيل، والثاني: يلزمه كأصل الضمان، وخطّأ الْمَاوَرْدِي ابن سُرَيْج فيه، فعلى الأول: هل يثبت الأجل في حقه مقصودًا أو بيعًا؟ وجهان، صحح صاحب «التعجيز» في تبرعه التبعية، وثمرتها أنه لو مات الأصيل إن جعلناه في حقه بالعاجل عليه وإلا فلا، وضمانه المؤجل إلى شهر مؤجلًا إلى شهر كضمانه المؤجل حالّاً.

فرع: قال الإمام: إذا صححنا ضمان المؤجل حالًا، وأطلق الضمان، فهل يثبت عليه حالّاً أو مؤجلًا؟ أظهرهما: مؤجلًا، وعلى هذا هل يشترط أن

وَلِلْمُسْتَحِقِّ مُطَالَبَةُ الضَّامِنِ وَالْأَصِيلِ. وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ لَا يَصِحُّ بِشَرْطِ بَرَاءَةِ الْأَصِيلِ.

يعرف بأصل الأجل ومقداره؟ على الجديد: وجهان، وقضية ما في «حلية» الرُّويَانِي الجزم باعتبار ذلك، حيث قال: ويتم الضمان بالضامن وحده إذا علم لمن هو، ومتى هو.

فرع: قال الْمَاوَرْدِي والشاشي في «الحلية»: لو ضمن عن زيد ألفًا ثم ضمنها عن زيد آخر، وكل منهما فرع لزيد لا لصاحبه، وليس لزيد ضمانه عن أحدهما، وهل لكل من الضامنين أن يضمن لصاحبه على ما ضمنه؟ مذهب الشَّافِعِي وما عليه جمهور أصحابه: أن ضمانه باطل؛ لأنه ضامن ذلك عن الأصل، فلم يكن في ضمانه عن الضامن فائدة، قال ابن سُرَيْج: يصح ضمانه، فيصير ضامنًا للألف عن الأصل، وعن صاحبه؛ لأنه قد صار ما ضمنه الضامن دينًا في ذمته، وليس أحدهما فرع لصاحبه، فجاز لكل منهما أن يضمن عن صاحبه.

قال: وهذا خطأ لعدم إنهاء يده فيه، وليس له إذا أداه أن يرجع به إلا على الأصل، وعلى قول ابن سُرَيْج اقتصر الْمُتَوَلِّي والبغوي والرافعي والمصنف، وعند الأداء إن قصد من ضمن عنه رجع عليه وإلا فلا.

فصل قال: (وَلِلْمُسْتَحِقِّ مُطَالَبَةُ الضَّامِنِ) لحديث: **«الزعيم غارم»**[(١)].

قال: **(وَالْأَصِيلِ)**؛ لأن الغرض المتوثق لا تنقطع المطالبة عليه، فيخير المضمون له مطالبة من شاء منهما، وفي قول يخرج أنه لا يطالب الضامن إلا إذا تعذر عليه مطالبة المضمون عنه ذكره الْمَاوَرْدِي.

قال: **(وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ لَا يَصِحُّ بِشَرْطِ بَرَاءَةِ الْأَصِيلِ)** لمنافاته مقتضاه، والثاني: يصح الضمان والشرط لما رواه جابر في قضية ضمان أبي قتادة - رضي الله عنهما - قال: فجعل رسول الله ﷺ يقول: **«هما عليك وفي مالك والميت منهما بريء؟ فقال: نعم، فصلى عليه»** قال الحاكم (٢/ ٦٦): صحيح الإسناد.

---

(١) سبق تخريجه.

وَلَوْ أَبْرَأَ الْأَصِيلَ بَرِئَ الضَّامِنُ، وَلَا عَكْسَ.
وَلَوْ مَاتَ أَحَدُهُمَا حَلَّ عَلَيْهِ دُونَ الْآخَرِ.

والثالث: يصح الضمان فقط.

قال: **(وَلَوْ أَبْرَأَ الْأَصِيلَ بَرِئَ الضَّامِنُ)**؛ لأنه فرعه فسقط بسقوط أصله، وكذا يبرأ ضامن الضامن، فمن فوقه.

قال: **(وَلَا عَكْسَ)** أي: لا برأ الأصيل بإبراء الضامن؛ لأنه إسقاط، وتبعه فلا يسقط به الدين كفك الرهن، وكذا لو أبرأ ضامن الضامن.

إشارة: لو عبر ببرأ لشمل صور كثيرة كالأداء والاعتياض والحوالة بالدين وعليه وارثه ونحوها، وقال صاحب «التعجيز في شرحه الكبير للوجيز»: هنا إشارة سنذكرها في الباب الأول من الوصايا: أنه قد يبرأ الأصيل ولا يبرأ الكفيل، وذلك في فروع، فبطلت منه، واستثنى هنا في «شرح التعجيز» صورة وهي: ما لو أقر مريض ببعض دين له على آخر ضمنه وارثه، ورددنا إقراره للوارث، فإنه يبرأ الأصيل وفي الضمين تردد، فإنه وارث.

قال: **(وَلَوْ مَاتَ أَحَدُهُمَا حَلَّ عَلَيْهِ)** لوجود سبب الحلول.

(دُونَ الْآخَرِ)؛ لأنه حي يرتفق بالأجل، وقيل: يحل على الضامن بموته، فعلى المذهب لو مات الأصيل، فالأصح أن للضامن مطالبة المستحق بأخذ حقه من تركته لئلا تهلك التركة فلا يجد مرجعًا إذا غرم، ولو أخذ المستحق من تركة الضامن لم يكن لوارثه رجوع على الأصيل إلا بعد الحلول.

تنبيه: استثنى شارح «التعجيز» ما لو ضمن المؤجل حالًّا، وقلنا: بالأصح أنه يصح، ويكون مؤجّلًا أنه يحل على الضامن بموت الأصيل على الأصح، وهو حسن، ولم يرجحا من هذين الوجهين شيئًا، وسيأتي أن الدية تتأجل على المقر بجناية الخطأ ثلاث سنين، وهل يحل عليه بموته؟ فيه وجهان، قال القاضي الحسين: المذهب أنه لا يحل، وأصحهما في «التهذيب» وبه جزم الْبَنْدَنِيجِي والقاضي أبو الطيب، الحلول.

فرع: أفلسا فأراد الحاكم بيع مالهما وفي دينهما، فقال الضامن: ابدأ

وَإِذَا طَالَبَ الْمُسْتَحِقُّ الضَّامِنَ فَلَهُ مُطَالَبَةُ الْأَصِيلِ بِتَخْلِيصِهِ بِالْأَدَاءِ إِنْ ضَمِنَ بِإِذْنِهِ، وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ لَا يُطَالِبُهُ قَبْلَ أَنْ يُطَالَبَ.

بمال الأصيل، وقال المستحق: ابدأ بمال أيكما شئت بديني.

قال الْمَاوَرْدِي: قال الشَّافِعِي ﷺ: إن الضامن يأمن المضمون عنه، فالمجاز الضامن أولًا بإذنه فاتجه إلى المضمون له في بيع أيهما شاء.

قال: (**وَإِذَا طَالَبَ الْمُسْتَحِقُّ الضَّامِنَ فَلَهُ مُطَالَبَةُ الْأَصِيلِ بِتَخْلِيصِهِ بِالْأَدَاءِ إِنْ ضَمِنَ بِإِذْنِهِ وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ لَا يُطَالِبُهُ قَبْلَ أَنْ يُطَالَبَ**) بتخليصه بالأداء إن ضمن بإذنه كما أنه يغرمه إذا غرم، وقال الْقَفَّال: ليس له المطالبة، قال الإمام: وهو متجه في القياس، ولو حبس المستحق الضامن، فليس للضامن حبس الأصيل على الأصح، قال شارح: وينبغي أن يكون له حبسه وإن لم يحبس هو ليرهقه إلى تخليصه، فالأصيل إذا علم أنه لا يحبس أي: ولا يوكل به لا يبالي بالامتناع، ولا ينافي هذا، قولنا: إن الصحيح ألا فرق للضامن على المضمون لأنا نريد أنه لا حق له لنفسه، ولكن حقه في أن يخلصه، ولهذا قلنا: إن الصحيح أن له أن يطالبه ليؤدي إلى المضمون له لا إلى نفسه، وما قاله حسن وما أظنهم يسمحون بموافقته ولا أثنائه وجهًا، فإنهم مطيقون على أنه ليس له حبسه قبل أن الحبس، وودت لو قيل إن ظهر للقاضي عبارة للضامن أزهقه إلى تحصيله، فإن أضر حبسه لطلب الضامن أو أخذ حبس الحق من ماله وأداه إلى مستحقه، ويتعين هذا إذا كان لمن لا يغير على نفسه.

تنبيه: أفهم كلام المصنف أنه ليس له مطالبته بتخليصه قبل أن يطالب، وهو أصح الوجهين، فعلى هذا له أن يقول للمضمون له، إما أن تطالبني بحقك لتأخذه أو تبرئني، قاله ابن سُرَيْج وتابعوه.

فرع: قال في «البحر»: ضمن عن صغير مالًا بإذن وليه ثم طولب الضامن به لم يجز له أن يأخذ الأب بخلاصه، فإذا بلغ الصبي أخذه بخلاصه دون الأب، انتهى.

وأحبسه من تحريف النُّساخ، والصواب ما قاله الْمَاوَرْدِي: أن له مطالبة

وَلِلضَّامِنِ الرُّجُوعُ عَلَى الْأَصِيلِ إنْ وُجِدَ إذْنُهُ فِي الضَّمَانِ وَالْأَدَاءِ، وَإِنْ انْتَفَى فِيهِمَا فَلَا، ....

الولي بالتخليص ما لم يبلغ الصبي، فإذا بلغ أي: رشيدًا توجهت المطالبة عليه، نعم لو كان الصبي معدمًا، فالظاهر إن الولي لا يطالب بخلاص، بخلاف ما لو كان الصبي موسرًا، قال الْمَاوَرْدِي: ولو كان غرر الأب أمره بالضمان عنه، فليس للضامن المطالبة بخلاصه لأحد؛ لأنه ضمن بإذن من لا ولاية له، انتهى.

فافهم أن إذن الحاكم والوصي كإذن الأب.

قال: (**وَلِلضَّامِنِ الرُّجُوعُ عَلَى الْأَصِيلِ إنْ وُجِدَ إذْنُهُ فِي الضَّمَانِ وَالْأَدَاءِ**) وللضامن الرجوع على الأصيل إن وجد إذنه في الضمان والأداء أي: إذا أدى وإن لم يشرط الرجوع؛ لأنه صرف ماله إلى منفعته بإذنه، فأشبه قوله: اعلف دابتي ففعل، قال الإمام: ويحتمل في القياس أن ينزل الإذن في الضمان والأداء منزلة الإذن في الأداء من غير ضمان حتى يقول: إن شرط الرجوع ثبت وإلا فعلى الخلاف، وفي كلام صاحب «التقريب» رمز إليه، وفي كلام «البسيط» جنوح إليه، فإنه قال: إذ لا فرق بين الإذن في أداء الدين وبين الإذن في الضمان وأداء الدين، فإنه متبرع بالضمان والأداء جميعًا، وأما إذا شرط الرجوع فلا خلاف في ثبوت الرجوع، انتهى.

ويحقق الخلاف قول الْمَاوَرْدِي: إذا صالح عن غيره بإذنه وأدى بإذنه ولم يشرط الرجوع فيه وجهان؛ لأن إذنه في الأداء يحتمل قصد الرجوع وقصد التطوع، وقال الدارمي هنا: إن ضمن بأمره ودفع بأمره وشرطا الرجوع يرجع وإن أطلق، فالصحيح يرجع، وقيل: لا يرجع، انتهى.

وما ذكرناه في توجيه المذهب قاله الرَّافِعِي، وهو محتمل النزاع، ثم رأيت في «فتاوي الْقَفَّال» إذا قال لرجل: اعلف دابتي وشرط الرجوع رجع، وإن لم يشرط، وأطلق فهل يرجع أم لا؟ كما لو قال: أقض ديني، انتهى.

قال: (**وَإِنْ انْتَفَى فِيهِمَا فَلَا**) أي: فإن انتفى من إذن إذنه في الضمان

وَإِنْ أَذِنَ فِي الضَّمَانِ فَقَطْ رَجَعَ فِي الْأَصَحِّ، وَلَا عَكْسَ فِي الْأَصَحِّ، ....

والأداء، فلا رجوع للضامن؛ لأنه متبرع كمؤدي دين الميت، فإن السنة دلت على عدم رجوع.

قال: (**وَإِنْ أَذِنَ فِي الضَّمَانِ فَقَطْ**) أي: وسكت عن الأداء.

(**رَجَعَ فِي الْأَصَحِّ**) أي: المنصوص؛ لأنه أذن في سبب الرجوع والأداء مترتب عليه، والثاني: لا فإنه غرم بغير إذن، والثالث: إن أدى فلا مطالبة أو بها، وأمكنه استئذان الأصيل فتركه لم يرجع، وإلا رجع، ونسبه الإمام إلى العراقيين، قال: ومال إليه صاحب «التقريب».

قلت: وصححه في «الكافي».

قال: (**وَلَا عَكْسَ فِي الْأَصَحِّ**) أي: وهو أن يضمن بلا إذن ويؤدي بلا إذن؛ لأن الدين قد لزم بالضمان، فلا فائدة في الإذن، والثاني: يرجع لإسقاطه دين الأصيل بإذنه، قال الرَّافِعِي: ورأيت في «النهاية» الوجهين على الوجهين فيما لو أدى دين الغير بإذنه من غير ضمان، ومن غير شرط رجوع، قال: وهذه الصورة أولى بمنع الرجوع؛ لأن الإذن في الأداء أبعد للزوم بالضمان في حكم اللغو، وأبدى احتمالين فيما إذا أذن في الأداء بشرط الرجوع، والحالة هذه أحدهما يرجع كما لو أذن في الأداء بهذا الشرط من غير ضمان، ووجه الثاني أن الأداء مستحق بالضمان بلا عوض لا يجوز أن يقابل بعوض كسائر الحقوق الواجبة، انتهى.

وصحح الثاني في زيادات «الروضة»، وكلام «النهاية» يشير إلى ترجيحه إذا علمت هذا، فاعلم أن عبارة «البسيط» لو ضمن بغير إذن وغرم بالإذن ولم يشرط الرجوع، فوجهان مرتبان على كذا وذكر ما سبق، ثم قال: فإن شرط الرجوع فقد قطع الأصحاب بثبوت الرجوع، ويحتمل أن يقال: إذا كان الدين لازمًا فلا معنى لشرط الرجوع، انتهى.

وما ذكره عن قطع الأصحاب هو قضية كلام الْمَاوَرْدِي، فإنه خصص الخلاف بقوله: أدعني ما ضمنته لترجع به عليَّ، وأشار في «البحر» أن طريقة

....

الْمَاوَرْدِي فإنه قال بعد أن حكم بأن المذهب عدم الرجوع: ومن أصحابنا من قال: يرجع، ومنهم من قال: إن قال: أدِّ ما ضمنته، لم ترجع به عليَّ رجع إذا أدى، ولو قال: أدّ ما ضمنته عني، ففي رجوعه وجهان، انتهى.

فحصل ثلاثة أوجه ثالثها: إن شرط له الرجوع رجع وإلا فلا، ورابعها: إن قال: أدِّ ما ضمنت، لم يرجع، وإن قال: أده عني أو لترجع عليَّ، رجع.

تنبيهات: منها: حوالة الضامن للمضمون له، وقبوله حوالته عليه، ومصالحتهما عن الدين على عوض، وصيرورة الدين ميراثًا للضامن كالأداء في ثبوت الرجوع وعدمه هكذا قالاه، والظاهر أنه لا حاجة إلى قبول الضامن والحوالة عليه.

ومنها: لو قال المضمون له: وهبت لك ما ضمنته فقبله فكالإبراء، فلا رجوع ولو أدى الضامن ثم وهبه إياه رب الدين رجع الضامن به على الأصيل على الأصح.

ومنها: إنما يرجع الضامن حيث يكون له الرجوع إذا كان قد أدى من ماله، أما لو أخذ من بينهم الغارمين فأدى به الدين لم يرجع خلافًا للمتوالي، كذا ذكره الشيخان في قسم الصدقات، والظاهر تفقهًا لا نقلًا أنه إنما يرجع إذا أدى من ماله إذا فضل الأداء عن الضمان، أما لو قصد التبرع بأداء دين الأصيل ذاكرًا للضمان أو ناسيًا أو دفع ذلك عن زكاته بإذن الأصيل أو بغير إذنه فلا، وإن لم تسقط الزكاة؛ لأنه صرفه بالقصد عن جهة الضمان، وإن أطلق ولم يقصد شيئًا فيحتمل أن يكون كقصده الدفع عن الضمان، والأشبه أن له صرفه بالنسبة إليه إن شاء وإلى المتطوع به إن شاء.

ومنها: ذكر شُرَيْح الرُّويَانِي في «روضته»: أنه إذا ادعى عليه أنه ضمن عن زيد ألفًا بأمره، فأنكر فأقام المدعي البينة بذلك غرَّمه الحاكم ألفًا، فليس له الرجوع على الأصيل، قال: وحكى جدي: وجهان له الرجوع؛ لأنه بإنكار الضمان دافع عن نفسه، وليس بصحيح، انتهى. فكأن القرض فيما إذا أنكر

وَلَوْ أَدَّى مُكَسَّرًا عَنْ صِحَاحٍ أَو صَالَحَ عَنْ مِائَةٍ بِثَوْبٍ قِيمَتُهُ خَمْسُونَ فَالأَصَحُّ أَنَّهُ لَا يَرْجِعُ إِلَّا بِمَا غَرِمَ. وَمَنْ أَدَّى دَيْنَ غَيْرِهِ بِلَا ضَمَانٍ وَلَا إِذْنٍ فَلَا رُجُوعَ، ....

الأصيل الدين أو الإذن في الضمان.

ومنها: يقوم مقام الإذن والضمان أداء الأب والجد دين محجورهما بنية الرجوع، قاله القفال وغيره، ولو قال لغيره: أضمن عنك كذا لزيد، فقال: نعم، كان إذنًا في الضمان لقوله: اضمن عني، خلافًا لأبي حنيفة، قاله في «البحر» وغيره، قال الْمَاوَرْدِي: والصيغة الأولى آكد.

قال: **(وَلَوْ أَدَّى مُكَسَّرًا عَنْ صِحَاحٍ أَو صَالَحَ عَنْ مِائَةٍ بِثَوْبٍ قِيمَتُهُ خَمْسُونَ فَالْأَصَحُّ أَنَّهُ لَا يَرْجِعُ إِلَّا بِمَا غَرِمَ)** قال الرُّويَانِي وغيره: هنا مذهب الشَّافِعِي خلافًا لابن سُرَيْج وهو الوجه الثاني، فيرجع بالصحاح وبالمائة لحصول براءة الذمة به، والبعض جرى في المستحق مسامحةً له، ومنهم من حكى الخلاف قولين والثالث: يرجع في المائة لا في الصحاح؛ لأن غير الجنس يقع عوضًا والمكسر لا يقع عوضًا عن الصحيح؛ بل هو مجرد مسامحة، ولو كانت قيمة الثوب أكثر من مائة فهو متبرع بالزيادة، وإن أدى الصحاح عن المكسر لم يرجع بالصحاح؛ بل بالمكسرة قطعًا، وَلَوْ بَاعَهُ الثَّوْبَ بِمِائَةٍ وَتَقَاصَّا، أو قلنا: لحصول التقاص من غير إنشاء على الأظهر رجع بالمائة بلا خلاف، ولو قال: بعتك الثوب بما ضمنته لك صح البيع في الأصح، قال ابن الرِّفْعَة: والخلاف قريب مما إذا أدى من لم يكن ضامنًا غرضًا عن دين غيره والأصح الصحة.

قلت: ومسألتنا أولى بالصحة؛ لأنه يعوضه عن ما في ذمته بالضمان وهناك يحصل الغرض لغيره، فعلى الأصح يرجع بما ضمنه أو ما قبل منه ومن قيمة الثوب وجهان، اختار المصنف رجوعه بما ضمنه ويسأل عن الفرق بينه وبين ما سبق في المصالحة، فالوجه أن يقال: يرجع هنا بالأقل وقد يرجع في المثلي والمتقوم حكمه حكم القرض، ويرجع بالمثلي الصوري على الأصح.

قال: **(وَمَنْ أَدَّى دَيْنَ غَيْرِهِ بِلَا ضَمَانٍ وَلَا إِذْنٍ فَلَا رُجُوعَ)** لأنه متبرع، ويستثنى من إطلاقه الأب أو الجد إذا نوى الرجوع بما أداه عن محجوره كما قدمناه.

وَإِنْ أَذِنَ بِشَرْطِ الرُّجُوعِ رَجَعَ، وَكَذَا إِنْ أَذِنَ مُطْلَقًا فِي الْأَصَحِّ.

قال: (**وَإِنْ أَذِنَ بِشَرْطِ الرُّجُوعِ رَجَعَ**) لحديث: «**المسلمون عند شروطهم**»[(١)] صححه ابن حبان من حديث أبي هريرة ﷺ.

وفي حكم الإذن بشرط الرجوع التوكيل بالشراء على الأصح؛ لأن في ضمن أمره بالشراء أمره بدفع الثمن، وستأتي المسألة هناك إن شاء الله تعالى.

(**وَكَذَا إِنْ أَذِنَ مُطْلَقًا فِي الْأَصَحِّ**)؛ لأنه أدى ما لزمه بإذنه والعُرف قاضٍ بالرجوع، وكأنه أقرضه إياه.

والثاني: لا يرجع واختاره الشيخ أبو حامد، والإمام؛ لأنه لم يوجد منه سوى الإذن في الأداء، وليس من صورة الأداء الرجوع.

والثالث: إن اقتضى حالهما الرجوع رجع، وإلا فلا كنظيره من الهبة، وهو حسن غريب.

قال: سؤال الفقير الغني قضاء دينه ظاهره التماس المعونة والصدقة.

وفي «فتاوي الْقَفَّال»: لو قال: اقض عنِّي ديني فقضى رجع، وإن قال: اقض ديني لم يرجع على ظاهر المذهب، ويجعل كأنه أمره بأن يتطوع بقضائه، انتهى.

وفي «البحر» إن قال: أدِّ عني ديني رجع على الأصح، وإن قال: أدِّ دين فلان، ولم يقل: عني، لم يرجع في الأصح. وفي «فتاوى الْبَغَوِي» إذا قال: اقض ديني، فقضى، رجع في الأصح، وإن قال: أدِّ دين فلان، ولم يقل: عليَّ، لم يرجع إلا أن يكون القائل ضامنًا عن فلان فهو كقوله: اقض ديني، انتهى.

وفيها أنه لو قال: أعط هذا الفقير درهمًا، أو أفد هذا الأسير، أو أطعم هذا الجائع حتى يرجع عليَّ ففعل رجع على الأصح، وكذا لو مدحه إنسان، فقال لآخر: أعطه شيئًا حتى يرجع عليَّ، ثم قال: وعلى الجملة كل موضع أمر إنسانًا حتى يعطي من جهته مالًا وللآمر فيه غرض من يقع أو قرينة تعود إليه يرجع الدافع عليه، انتهى.

---

(١) تقدم تخريجه.

وَالْأَصَحُّ أَنَّ مُصَالَحَتَهُ عَلَى غَيْرِ جِنْسِ الدَّيْنِ لَا تَمْنَعُ الرُّجُوعَ.

ثُمَّ إِنَّمَا يَرْجِعُ الضَّامِنُ وَالْمُؤَدِّي إِذَا أَشْهَدَ بِالْأَدَاءِ رَجُلَيْنِ أَو رَجُلًا وَامْرَأَتَيْنِ، وَكَذَا رَجُلٌ لِيَحْلِفَ مَعَهُ فِي الْأَصَحِّ. فَإِنْ لَمْ يُشْهِدْ فَلَا رُجُوعَ إِنْ أَدَّى فِي غَيْبَةِ الْأَصِيلِ وَكَذَّبَهُ.

فرع: في «فتاوي الْقَفَّال»: أنه لو طالب ظالم رجلًا بمال ولو لم يعطه لفاقته، فقال الآخر: إن هذا يطالبني بمائة فأعني بها، ولم يقل: ليرجع عليَّ، ففعل رجع علي المظلوم بها، قياسًا على قول الشَّافِعِي: لو افتدى مأسورًا بإذنه يرجع عليه، وإنه لو قال: إن فلان الظالم يريد يطالبني بمائة فأعطه المائة، فدفع لم يرجع، وفرق بتحقق الخوف في الأولى دون هذه.

قال: (**وَالْأَصَحُّ أَنَّ مُصَالَحَتَهُ عَلَى غَيْرِ جِنْسِ الدَّيْنِ لَا تَمْنَعُ الرُّجُوعَ**) إذ مقصوده براءة ذمته وقد حصل، والثاني: تمنع لأن ما أداه غير مأذون له فيه، والثالث: إن عيَّن له ما يؤديه كقوله: من الدراهم لم يرجع للمخالفة، وعبارة «البسيط»: إن قال: أدّ ديني، رجع. أو اقض ما عليَّ من الدنانير فلا، وحذف من «الوسيط» قوله: من الدنانير، قاله ابن يونس في «شرح الوجيز»، وإلا رجع حيث ثبت الرجوع فيما يرجع فحكمه حكم الضامن مصالح على غير الجنس.

إشارة: تضمن كلام الشيخ الجزم بصحة الصلح وهو المذهب، وقيل: لا يصح؛ لأن مقتضى التعويض أن يقابله بملك شيء من جهة بإذن العوض وليس كذلك، وحكى في صلح الأجنبي بلا إذن.

فرع: قال الْمَاوَرْدِي: لو صالح الضامن لدين السلم المضمون له على رأس ماله لم يجز بخلاف الأصيل؛ لأنه أقاله والضامن لا يملكها بخلاف الأصيل، وحينئذٍ يبطل الضمان؛ لبطلان التسلم بالإقالة ورأس المال لم يتوجه إليه الضمان.

قال: (**ثُمَّ إِنَّمَا يَرْجِعُ الضَّامِنُ وَالْمُؤَدِّي**) أي: بالإذن من غير ضمان.

(**إِذَا أَشْهَدَ بِالْأَدَاءِ رَجُلَيْنِ أَو رَجُلًا وَامْرَأَتَيْنِ، وَكَذَا رَجُلٌ لِيَحْلِفَ مَعَهُ فِي الْأَصَحِّ، فَإِنْ لَمْ يُشْهِدْ فَلَا رُجُوعَ إِنْ أَدَّى فِي غَيْبَةِ الْأَصِيلِ وَكَذَّبَهُ**) لأنه كافٍ في إثبات الأموال، وَالثَّانِي لَا لِاحْتِمَالِ تَرَافُعِهِمَا إِلَى حَنَفِيٍّ لَا يَقْضِي بِشَاهِدٍ وَيَمِينٍ

....

فَكَانَ ذَلِكَ ضَرْبًا مِنْ التَّقْصِيرِ وزيفه الإمام بأنه لَمْ يَشْتَرِطْ أَحَدٌ إِشْهَادَ مَنْ يَتَّفِقُ الْعُلَمَاءُ عَلَى قَبُولِهِ، انتهى.

ولو قيل: إن كان حاكم للبلد حين الدفع والإشهاد للواجد حنيفيًّا لم يكف التقصير وإلا كفى لم يتعد وسيأتي عن الْمُتَوَلِّي ما يؤيده، هكذا ذكر المسألة الْمَاوَرْدِي، والإمام والغزالي وتابعهم الشيخان.

وقال القاضي الحسين والمتولي وجماعات من العراقيين: إن أشهد واحدًا وحلف معه رجع، وإن مات أو غاب فوجهان: وجه الرجوع أنه حجة هنا مع اليمين، ووجه المنع أنه ليس بحجة كاملة، وجعل الْمُتَوَلِّي رفع القضية إلى القاضي الحنفي لغيبة الشاهد في أحد الوجهين.

تنبيهات: لا يكفي إشهاد من يعلم سفره عن قريب أو موته؛ لأنه لا يقضي إلى المقصود، ولو أشهد مستورين فبانا فاسقين فكما لو أشهد واحدًا ليحلف معه، قال في أصل «الروضة»: كفى ذلك في الأصح فيهما.

وعبارة الرَّافِعِي في «الشرحين» في صورة الشاهد واليمين أصحهما أنه يكفي؛ لأنهما حجة كافية لإثبات الأداء، وقال: في هذه فوجهان أحدهما: أنه كما لو لم يشهد؛ لأن الحق لا يثبت بشهادتهما، وأولاهما الاكتفاء؛ لأنه لا اطلاع له على الباطن فكان معذورًا.

وعبارة «الشرح الصغير»: والأولى: أنه يكفي، واعلم أني لم أر من صرح بالترجيح في المستورين غير «الروضة»، وفيه نظر، وكلام المصنف وغيره يفهم أنه لو استمر سترهما كفى جزمًا، وفيه نظر أيضًا؛ لأنه قد لا يحصل المقصود بهما عند الحاجة إلى الإثبات.

وعبارة «التتمة» إذا أشهد مستورين ظاهرهما العدالة وبانا فاسقين وصدقه على الإشهاد والدفع فوجهان.

وقول المصنف: «وكذا رجل ليحلف معه» أي: غارمًا على الحلف معه، وصحة قول الْمَاوَرْدِي: وإن كان قد أشهد عدلًا واحدًا فإن اقتصر على إشهاده

وَكَذَا إِنْ صَدَّقَهُ فِي الْأَصَحِّ فَإِنْ صَدَّقَهُ الْمَضْمُونُ لَهُ أَو أَدَّى بِحَضْرَةِ الْأَصِيلِ رَجَعَ عَلَى الْمَذْهَبِ].

ليحلف معه وجهان، ولعل المراد أنه امتنع من الحلف معه عند الحاجة لا العدم على الحلف عند الأداء، كما اقتضاه كلام غيره.

وفصَّل الْمُتَوَلِّي فقال: إذا أشهد واحدًا، فإن كان الشاهد باقيًا والحاكم ممن يرى الحكم بالشاهد واليمين فحلف معه ولا كلام، فإن كان الشاهد قد غاب أو مات أو كان الحاكم ممن لا يرى الحكم بالشاهد واليمين فهل له الرجوع؟ وجهان، وجه المنع أنه سلم بحجة ناقصة يختلف في جواز الحكم بها، ولو قال: أشهدت وماتوا فصدقه رجع على الأصح، وعبارة الدارمي: ولو أشهد رجلين رجع سواء ماتا أو لم يقبلا لمعنى حادث.

قال: ولو كان قد أمره ألا يشهد فلم يشهد لم يكن مفرطًا ولو أشهد كافرين أو فاسقين أو مراهقين أو عبدين، فهلكا من بعد رجع .

قال: **(وَكَذَا إِنْ صَدَّقَهُ فِي الْأَصَحِّ)**؛ لأنه لم يؤد ما ينتفع به الأصيل، فإن رب الدَّين منكِر، وطلبته بحالها، والثاني: يرجع لاعترافه بأنه أبرأ ذمته، ومحل الوجهين: ما إذا لم يكن أمره بترك الإشهاد كما سبق، وهل له تحليف الأصيل إذا كذبه؟ بناه الْمُتَوَلِّي على أنه لو صدقه هل يرجع؟

إن قلنا: نعم، حلفه على نفي العلم بالأداء.

وإن قلنا: لا بني على أن النكول، ورد اليمين كالإقرار وكالبينة.

إن قلنا: بالأول لم يحلفه؛ لأن غايته أن ينكل فيحلف الضامن فيكون كتصديقه، وهو لا يفيد الرجوع، وإن قلنا: بالثاني حلفه رجاء نكوله فيحلف فيكون كإقامته البينة، وقطع قاطعون بأنه لا يحلفه، إذا قلنا: لا يرجع هو ظاهر.

قال: **(فَإِنْ صَدَّقَهُ الْمَضْمُونُ لَهُ)** أي: دون المضمون له.

(أَوْ أَدَّى بِحَضْرَةِ الْأَصِيلِ رَجَعَ عَلَى الْمَذْهَبِ) أما الصورة الأولى ففيها وجهان: أحدهما: لا يرجع ليس قول رب الدين حجة على الأصيل، وأصحهما: الرجوع؛ لسقوطها كطلبه بإقراره، وهو أقوى من البينة مع إنكاره

....

ولاخفاء أن تصديق ورثة رب الدين المطلقين التصرف كتصديقه، وهل تصديق الإمام كتصديق الوارث الحاضر حيث يكون الإذن لبيت المال أو تصديق غرماء من مات مفلسًا كتصديق رب الدين؟ لم أر فيه نصًّا، وهو موضع تأمل.

وأما الثانية: فحكى جماعة فيها وجهًا أنه لا يرجع كتركه الإشهاد في غيبته. قال الرَّافِعِي: وظاهر المذهب المنصوص أنه يرجع إذ التقصير بترك الإشهاد مع حضور الأصيل منسوب إليه بخلاف غيبته، انتهى.

وقال الشيخ أبو محمد: يرجع وجهًا واحدًا، قال الإمام: ولا أعرف فيه خلافًا وحينئذٍ التعبير في هذه الصورة قائم على إصلاح المصنف بخلاف الأول.

فروع: أحدها: لو قال: أشهدت وماتوا أو غابوا فقد بينا حكمه، ولو قال: أشهدت زيدًا وعمرًا وكذباه، فكمن لم يشهد، وإن قالا: لا ندري وربما نسينا، قالا: ففيه تردد للإمام.

وظاهر كلام «النهاية» أنه للأصحاب ويؤيده قول «البسيط» إن كذباه.

قال الأصحاب: فهو كترك الإشهاد، ولو ترددوا وجوزوا النسيان فوجهان مرتبان على دعواه موت الشهود، وهنا أولى بألا يرجع.

الثاني: إذا علم يقم الضامن بينته بالأداء، فإن أخذ رب الدين من الأصيل فذاك، أو من الضامن ثانيًا فلا يرجع بها معًا وفاقًا؛ بل أحدهما على الأصح؛ لأنه غرم لإبراء ذمته، والحاصل أنه إذا غرم مرةً أخرى وأشهد أو صدقه الدائن رجع؛ لكن بالأول؛ لأنه المربي للذمة، وبه جزم الْبَغَوِي، أو بالثاني؛ لأنه المسقط للمطالبة، وصححه القاضي أبو الطيب في «تعليقه»، وبأقلهما ذكره في «البحر» وغيره، وأبداه في «الروضة» احتمالًا أو بأحدهما مطلقًا نقله الدارمي والروياني وعبارته: بأحدهما لا يعينه، وقال: إنه الصحيح عندي وجوه، وفائدة الوجهين الأولين، وعلى إيرادهما بلا ترجيح اقتصر الرَّافِعِي فيما إذا اختلف المالان صحةً وتكسرًا أو سوادًا وبياضًا، ونحو ذلك.

الثالث: لو منعه الأصيل من الإشهاد ثم صدقه على الدفع، فأنكر رب

....

الدَّيْن القبض قد سبق ذلك عن الدارمي.

وقال الرُّويَانِي: هو كأدائه بحضرته، والظاهر أنه لم يرد نقل خلاف فيه، بل فرعه على المذهب، قال: ولو كان قد أمره بالإشهاد لم يرجع؛ لأنه مضيع لما أداه كأنه يريد لا يرجع هنا قطعًا، وإن صدقه الأصيل.

الرابع: قال الْمُتَوَلِّي: لو قالا: ضمنا مالك على فلان، فهل يطالب كلًّا منهما بالجميع؟ وجهان: أحدهما: يطالب كل واحد بنصفه، كما لو قالا: اشترينا عبدك بألف. قال: والصحيح أن كل واحد منهما مطالب بجميع الدين كما لو قالا: رهنا عبدنا هذا بألف الذي لك على فلان، فيصيب كل واحد منهما رجع بجميع الألف، ووقع في هذا الفرع نزاع لأهل العصر، وصنف فيه بعضهم.

وقال: إن الصواب ما صححه الْمُتَوَلِّي وعورض بما في «البحر» أنه لو ضمن ثلاثةٌ ألفًا لا يلزم كل واحد إلا ثلث الألف، فأنكر أن يكون معارضًا، فالمذكور في «الحاوي» ما حكي عن «البحر».

وقال الصيمري في «شرح الكفاية»: لو ضمن عشرة عن زيد لعمرو ألف درهم كانت بينهم على عدد رؤوسهم إلا أن يشرط في ذلك تفاصيلًا فيجوز، وكذا قاله الْمَاوَرْدِي والبندنيجي والروياني وغيرهم، والقلب إليه أميل؛ لأنه اليقين، وشغل ذمة كل واحدٍ بالزائد مشكوك فيه.

الخامس: باع من رجلين شيئًا، وشرط أن يكون كل واحد ضامن عن صاحبه، قال شارح: بطل البيع على المشهور.

قال: وَرَأَيْت ابْنَ الرِّفْعَة فِي حِسْبَتِهِ يَمْنَعُ أَهْلَ سُوقِ الرَّقِيقِ مِنْ الْبَيْعِ مُسْلِمًا، وَمَعْنَاهُ إلْزَامُ الْمُشْتَرِي بِمَا يَلْحَقُ الْبَائِعَ مِنْ الدَّلَالَةِ وَغَيْرِهَا، قَالَ: وَلَعَلَّهُ أَخَذَهُ مِنْ هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ وَلَا يَخْتَصُّ ذَلِكَ بِالرَّقِيقِ؛ بل كل مبيع اقتضى العرف أو الشرع إلزام البائع بشيء بشرط لزومه على المشتري يبطل البيع، وكذلك فيما إذا كان مجهولًا، فإن كان معلومًا وكأنه جعله جزءًا من الثمن، فيصح بخلاف مسألة ضمان أحد المشترين عن الآخر لا يمكن فيها ذلك.

....

السادس: اشتريا شيئًا ثم بعد تمام العقد أو كان عليهما دين من قرض أو إتلاف وغيرهما، وضمن كل واحد صاحبه صح، فإذا أدى أحدهما وقال البائع: أديت عن الضمان فقال: بل عن نفسي، صدق بيمينه، فإذا حلف فهل للبائع أن يطالبه بالضمان؟

وجهان: أصحهما: نعم، لأمرين: أحدهما: أن البائع يقول: إن كنت صادقًا، فعليك نصيبك من الثمن أو الدين، وإن كنت كاذبًا فعليك الضمان، قاله الْمُتَوَلِّي.

والثاني: أنه بنى الأمر على حال انكشف له بالثمن فلا يبطل حقه كما لو ادعى عليه أن ما اشتراه مغصوب، فقال: هو ملك بائعي، فأقيمت البينة، فإنه يرجع على البائع بالثمن على الأصح الذي قطع به الجمهور، وإن كان قد أقر له بملكه؛ ولكنه بناه على ظاهر ظهر بالبينة خلافه، هكذا وجهه الإمام الْغَزَالِي، ويظهر أن يقال: إن كان مصرًّا على دعوى الأداء عن جهة الضمان، وأن الملك للبائع لم يطالب فيهما، وإن رجع عن ذلك طالب فيهما، ولعله المراد.

السابع: عليهما عشرة، وهما متضامنان فأدَّى أحدهما أعني: عن نفسه أو عن صاحبه أو عنهما، فلا يخفى الحكم، وإن أطلق قيل: يقسط، والمذهب أن له صرفها إلى ما شاء منهما كما تقدم في الرهن والاعتبار بنية المؤدي، والقول فيهما قوله بيمينه، ولو أبرأ رب الدين أحدهما من خمسة فالاعتبار بنية المؤدي رب الدين والحكم كما ذكرنا في الأداء.

ورأيت في «شرح الوجيز لصاحب التعجيز» إثبات عليهما عشرون هما متضامنان، فقال الدائن: أبرئكما من عشرة ينبغي عليهما بالأصالة خمسة عشر؛ لأنه كان عليهما عشرون أصالة وعشرون بالكفالة، وليس صرف الإبراء من العشرة إلى الأصالة أولى من صرفها إلى الكفالة، فصرفت إليهما، فخص عشرين الأصالة خمسة منها تبقى خمسة عشر.

قال شيخي كمال الدين موسى: ويحتمل فيما يبقى بالكفالة ثلاثة أوجه؛

....

لأن سقوط خمسة من الأصالة تقتضي سقوط خمسة من الكفالة؛ لأنه إذا برئ الأصيل برئ الكفيل ثم يحتمل خص هذه الخمسة الساقطة بهذا الطريق في الخمسة الساقطة بالتوزيع، ويحتمل حصرها في غيرها، ويحتمل جعلها منها، ولكل احتمال وجه، ويشبه هذا بما إذا وهبته نصف الصداق ثم طلقها، وقلنا: الهبة تمنع الرجوع، فإن في وجه ينحصر في نصيبه، وفي وجه من نصيبها، وفي وجه يمنع، انتهى لفظه.

وأجيب في «الحليتين» بأن الراجح أنه يسقط عشرة من الكفالة، ويبقى منها عشرة، ويبقى من الأصالة خمسة عشرة منها خمسة بلا كفالة وعشرة مكفولة، وتقرير ذلك مبين في «الحليتين».

إشارات: قال في «البحر»: هنا إذا زعم الضامن أن المضمون له أبرأه من ضمانه وأحضر شاهدين أحدهما المضمون عنه، فإن كان الضامن بغير إذنه سمعت شهادته وإلا فلا.

قلت: ويحتمل ألا يقبل في الحال الأول أيضًا؛ لأنه قد يريد دفع منه الضامن عنه بالأداء أو يخشى أنه لو أدَّى لرفعه إلى الحاكم يقضي له بالرجوع، كما هو مذهب مالك ورواية عن أحمد، ولو قال الضامن المدائن: أبرأت الأصيل، فحلف وغرم الضامن، فللضامن مطالبة الأصيل على الأصح، وفيه ما سبق قريبًا، وكذا لو قال: كنت أبرأته قبل ضماني، ويجري الوجهان في كل دعوى محتملة يناقضها عقد سابق.

ورأيت في «فتاوى الْقَفَّال»: ثلاثة أقروا عند جماعة أن لفلان علينا ثلاثة دنانير، وأن كل واحد منَّا ضامن عن صاحبه.

قال الْقَفَّال: الإقرار يصح بثلاثة دنانير؛ لكن ضمان البعض عن البعض لا يصح؛ لأنه مجهول لأن كل واحد ضامن عن صاحبه مجهولًا إذا لم يثبتوا ما ضمنوه، ولا إضافة لما وجب على صاحبه لهذا الأمر على الاختصاص، فلم يصح، بخلاف ما إذا كان حيوانًا لما مضى ينبني على السؤال.

....

قلت: الأقرب الصحة، وحمل إطلاقهم على ضمان ما أقروا به من الدنانير الثلاثة وأن كل واحد منهم ضامن عن صاحبه الدنانير، والذي هو أصل فيه [بنفسه][١].

ذكر شُرَيْح الرُّويَانِي في «روضته»: إذا ادعى أنه ضمن عن زيد ألفًا بأمره فأنكر فأقام المدعي البينة بذلك وغرمه الحاكم الألف، فليس له الرجوع على الأصيل.

قال: وحكى جدي عن بعض أصحابنا أن له الرجوع؛ لأنه إمكان الضمان واقع عن نفسه وليس بصحيح.

قلت: وقضية ما قدمناه في نظائر المسألة أن يكون هو الصحيح، فتأمله.

ولعل جده من القائلين بالوجه الآخر فيها، وفروع الباب لا تنحصر، وإنما أشرنا إلى أشياء مهمة تقع كثيرًا.

---

(١) بياض في الأصل.

فهرس المحتويات

QŪT AL-MUḤTĀJ FĪ ŠARḤ AL-MINHĀJ

BY

SHIHAB ADDIN ABOU AL-ABBAS
AHMAD BIN HAMDAN AL-ATHRO'I
(D. 783 H.)

EDITED BY

EID MOHAMMED ABDELHAMEED

